

O Animal: Coisa ou *Tertium Genus*?

JOSÉ LUIS BONIFÁCIO RAMOS

§1 Considerações Gerais

A problemática relativa à configuração e classificação do animal tem sido recorrente tanto na Filosofia, como na Ética ou no Direito. Efectivamente, quanto à perspectiva jurídica, convém sublinhar, desde já, que encontramos reflexões relativas às prescrições normativas dirigidas aos animais, desde a Antiguidade até aos dias de hoje.

Cumpre reconhecer, que tal problemática tem ganho acrescida importância recentemente, tendo em conta não apenas a consabida autonomização do Direito dos Animais, como a controvérsia, no âmbito do Direito Civil, quanto a saber se devemos continuar a prefigurar o animal como coisa ou se, ao invés, o devemos integrar numa outra classificação ligada ao objecto de direitos, ou, quiçá, ao próprio sujeito. Daí que alguns Códigos Civis tenham sido objecto de alterações, de modo a adequar os respectivos preceitos textuais legais a um entendimento mais actual do que deva ser o regime e a natureza jurídica do animal.

Todavia, a propósito do debate sobre a natureza do animal e as concretizações normativas do seu regime, não podemos olvidar que o assunto é susceptível de prefigurar um âmbito mais vasto pois passa, inegavelmente, pelo reenquadramento do que seja uma coisa e uma pessoa no âmbito do próprio Direito Civil. Daí entender que o tema agora proposto não só apresenta candente actualidade, mas ganha acrescida acuidade para integrar os presentes Estudos em Homenagem ao Prof. Carvalho Fernandes, tendo em conta a sua vastíssima obra no âmbito do Direito Civil, designadamente no âmbito dos Direitos Reais.

§2 A Coisa como objecto de Direito

Como sabemos, o Direito Romano mostrou-se avesso a indicar uma noção de jurídica de coisa, preferindo enunciar esparsas categorias de coisas, que iam surgindo, de modo avulso, nos textos jurídicos. Neste sentido, enunciam-se as seguintes: *res divini iuris*, *res humani iuris*, *res publicae*, *res privatae*, *res extra commercium*, *res in commercio*, *res corporales*, *res incorporales*, *res fungibilis*, *res consumptibiles*, *res Mancipi*, *res nec Mancipi*, *res nullius*. Assim, tendo em conta tais categorias, não se conseguiu compreender o alcance e a natureza jurídica da coisa em sentido jurídico, prefigurada pelo Direito Romano¹. Além disso, as categorias de coisas não se mantiveram imutáveis. Basta recordar, a propósito, a dicotomia entre coisas móveis e imóveis que, de algum modo, substituiu a antiga divisão entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*².

Sublinhe-se ainda que as escolas dos comentadores e dos glosadores limitaram-se a analisar as distinções provenientes do Direito Romano sem introduzir grandes inovações. Nem sequer os pensadores e filósofos que se debruçaram, posteriormente, sobre o assunto contribuíram para uma teorização do conceito de coisa. Realmente, se Wolff entendeu a coisa como

¹ Costuma indicar-se uma passagem de Ulpiano, publicada no Digesto, onde a coisa era equiparada a *causa* ou a *iura*. (D. 50, 16, 23), bem como uma afirmação de Gaio, nas Institutas (II-12-14), a propósito da contraposição entre *res corporalis* e *res incorporales*, de onde se retirou a ideia de que o significado da *res* era muito amplo. Nessa perspectiva, cf. Vittorio Scialoja, *Teoria della Proprietà nel Diritto Romano*, Roma, 1933, pp. 14 e segs. De modo semelhante, no sentido de procurar apurar o sentido da *res*, a propósito do estudo das categorias diversas de coisas, Pietro Bonfante avisou que seria logro tentar inferir uma noção de coisa, a partir de frases totalmente desgarradas, como as que se encontram no Digesto. *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, Roma, 1926, pp. 8 e segs. De modo semelhante, Max Kaser sublinhou o alcance extremamente limitado das classificações de coisas inseridas no Direito Romano, cf. *Romisches Privatrecht*, trad. port., Munique, 1992, pp. 121 e segs. Comungando desta perspectiva, Hans Hattenhaeur entendeu que as classificações de coisas citadas se destinavam a assumir a função de meros auxiliares técnico-jurídicos, sem incorporação ou enquadramento de um sistema lógico. Além do mais, o capítulo do Digesto, intitulado *De divisiones rerum et qualitate*, nem sequer não incluía todas as categorias de coisas objecto de enumeração ou de distinção. Cf. *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, 2.^a ed., Munique, 1982, p. 49.

² Sobre este aspecto, cf. Max Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, pp. 15 e segs.; Idem, *Romisches...* op. cit., pp. 122-3.

todo o objecto susceptível de tornar a vida agradável³, Kant percepcionou-a como tudo aquilo que não era próprio de um ser racional, como tudo aquilo que não era uma pessoa, uma vez que a vontade, a faculdade própria dos seres racionais, determinaria um conhecimento metafísico⁴.

Savigny partiu da raridade em contraposição à abundância, para caracterizar a coisa, sustentando que algo existente de modo abundante, na natureza, fosse material ou imaterial, não podia ser objecto de direito⁵. Daí que a escassez, a indisponibilidade, a dificuldade de acesso à fruição constituísse o crivo que permitia atribuir um carácter jurídico ao objecto, que possibilitava qualificá-lo como coisa⁶. Todavia, apesar desta delimitação, não promoveu nem adoptou uma definição de coisa, preferindo indicar tratar-se de uma porção delimitada do espaço circundante, susceptível de constituir o objecto da primeira classe de direitos, o direito a uma coisa, o Direito de propriedade⁷. A partir daí, defendeu o imperativo de proteger a posse da coisa, como a possibilidade de exercer, de modo imediato, a influência sobre a coisa, justificando, assim, a respectiva apreensão ou apossamento⁸. Puchta vai mais adiante ao sustentar que a coisa podia ser objecto de protecção possessória, atribuindo grande importância ao *animus possidendi* e defendendo que a vontade do possuidor devia integrar o objecto de protecção jurídica⁹.

Subsequentemente, Menger contribuiu para promover a distinção entre a propriedade e a posse, ao defender que a propriedade era dificilmente reconhecida pelas grandes massas populacionais, ao contrário da posse, que representava a parte do ordenamento jurídico correspondente aos

³ Cf. Christian Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractum*, Vol. II, Oxford, 1934, pp. 18-9.

⁴ Para Immanuel Kant, a vontade, concebida como a faculdade de agir em conformidade com a representação de certas leis, era uma faculdade característica de seres racionais. Ao contrário, os seres cuja existência dependia, não da vontade, mas da natureza possuiriam um valor relativo como meio e, por isso mesmo, eram designados como coisas. Cf. "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" in *Immanuel Kants Werke*, Vol. IV, 2.ª ed., Riga, 1786, trad. portuguesa, pp. 67 e segs.

⁵ Savigny sustentava que a luz do sol, o espaço aéreo, a água do mar ou os recursos do subsolo não podiam ser apropriáveis, por serem abundantes e, assim, não podiam ser configurados como objecto de direitos. Cf. *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I, Berlim, 1840, pp. 368 e segs.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cf. Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 6.ª ed., Giessen, 1837, p. 208.

⁸ Cf. Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht...* op. cit., pp. 209-10.

⁹ Cf. Georg Puchta, *Lehrbuch für Institutionen*, Munique, 1829, pp. 15 e segs.

factos visíveis pelas classes desfavorecidas¹⁰. Posteriormente, tendo em conta o impacto destas ideias de cariz socializante, o Código Civil da Saxónia, aceitou que as coisas pudessem ser objecto de um direito, sempre que estivessem submetidas ao tráfego jurídico¹¹.

Tendo em conta a falência da jurisprudência dos conceitos¹², deu-se mais atenção à distinção entre *persona e non persona*, identificando a coisa com uma parte da dicotomia, a *non persona*. Aliás, assentou nesta perspectiva a consagração da noção de coisa em antinomia à pessoa humana, o sujeito de direitos, que, de algum modo, fundamentou as prescrições correspondentes dos Códigos Cíveis da Prússia de 1794¹³, da Áustria de 1811¹⁴ e de Portugal de 1867¹⁵.

Diferentemente, o BGB não pretende equiparar a coisa ao objecto, nem a procura contrapor ao sujeito, mas determina que as coisas corpóreas se consideram coisas, por efeito da lei aplicável¹⁶. Parece significar que o termo *objecto* é mais amplo e abrangente do que o da própria *coisa*¹⁷, já que se encontram diversos bens que, apesar de se constituírem em objecto de direitos, são excluídos do conjunto de coisas, exactamente por lhes faltar uma natureza corpórea, caso da energia, de determinadas

¹⁰ Cf. Anton Menger, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890, pp. 99-100.

¹¹ Cf. o § 58 do Código Civil da Saxónia de 1863.

¹² Sobre este aspecto, cf. Franz Jerusalem, *Kritik der Rechtswissenschaft*, Berlim, 1948, pp. 133 e segs.

¹³ Cf. Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Vol. II, 1989, p. 369.

¹⁴ Cf. o § 285 do ABGB

¹⁵ O artigo 369.º dizia, a determinado passo, que uma coisa era “tudo aquilo que carece de personalidade”. Ora, tendo em conta a definição, Cunha Gonçalves recordou que ela nem correspondia à epígrafe do título, que só se referia a coisas objecto de apropriação, como também não apresentava um conceito jurídico de coisa. Cf. *Tratado de Direito Civil*, vol. III, Coimbra, 1930, pp. 33-4. Assumindo idêntico sentido crítico, no que respeitava à falta de precisão e de ausência de rigor científico de uma noção de cariz negativo, Cabral de Moncada sublinhou ainda a amplitude da definição. Assim, seriam coisas não apenas todas as coisas do universo físico, acessíveis a uma acção do homem (coisas corpóreas) como as coisas do mundo intelectual (coisas incorpóreas). Cf. *Lições de Direito Civil*, Vol. II, 2.ª ed., pp. 11-2. De modo semelhante, quanto ao sentido crítico da noção de coisa, cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, Coimbra, 1992, pp. 199 e segs; Pires de Lima, *Das Coisas*, Lisboa, 1960, pp. 5 e segs.

¹⁶ Cf. o § 90 do BGB.

¹⁷ Cf. Josef Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Sachenrecht*, Vol. I, Berlim, 1919, pp. 34 e segs; Justus Hedemann, *Sachenrecht*, 3.ª ed., Berlim, 1960, pp. 8 e segs.

universalidades e dos próprios direitos¹⁸. Por isso, quanto a estes objectos, a posse revela-se inadequada, na perspectiva de uma natural presunção de titularidade, sendo necessária a certificação de que existe um direito que corresponda a uma coisa determinada¹⁹.

Numa outra perspectiva, o Código Civil italiano prefere a expressão *bem*, anteriormente adoptada pelo Código de Napoleão, embora a procure equiparar a uma coisa susceptível de ser prefigurada como objecto de direitos²⁰. Assim, tendo em conta esta tentativa de equiparar o bem e a coisa²¹, cumpre reconhecer que o Direito italiano procura promover o aprofundamento conceptual da coisa como objecto de direitos, embora tal aprofundamento tenha motivado a aplicação do termo em asserções diversas, em múltiplos sentidos²².

¹⁸ Gottlieb Planck, além de teorizar quanto a saber se a electricidade ou se o corpo humano pode ser configurado como coisa, entende que a expressão objecto vale tanto para coisas como para direitos e a designação coisa deve valer apenas para um objecto corpóreo. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Sachenrecht*, Vol. III, 3.^a ed., Berlim, 1906; Ludwig Enneccerus e Karl Nipperday integraram naquela exclusão a energia, determinadas universalidades e os próprios direitos Cf. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. I, 15.^a ed., Tübingen, 1958, pp. 533-4. Diferentemente, Karl Larenz sustentou que determinados materiais em estado líquido ou gasoso, como o gás ou o petróleo, podiam ser considerados coisas corpóreas desde que se conservassem em recipientes adequados e em quantidades determinadas. Cf. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3.^a ed., Munique, 1975, pp. 372-3.

¹⁹ Cf. Hans Hattenhauer, *Grundbegriffe...* op. cit., p. 56.

²⁰ Cf. o artigo 810.^o do Código Civil Italiano de 1942. Sobre as questões conexas com a coisa em sentido jurídico que deram origem à formulação do Código, cf. Carlo Maiorca, *La Cosa in Senso Giuridico*, Turim, 1937, pp. 10 e segs.; Francesco de Martino, "Beni in Generale: Proprietà" in *Commentario del Codice Civile*, coord. por Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, 4.^a ed., Bolonha, 1976, pp. 1 e segs.; Massimo Bianca, *Diritto Civile*, Milão, 1999, pp. 53 e segs.; M. Constantino, D. Bellantuono, R. Pardolesi, "Beni in Generale" in *Trattato di Diritto Privato*, coord. por Pietro Rescigno, Vol. 7, Tomo I, Turim, 1982, pp. 5 e segs.

²¹ Neste sentido, cf. Biondo Biondi, *I Beni*, 2.^a ed., Turim, 1956, pp. 14 e segs.; Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Nápoles, 1966, pp. 56 e segs.; Lina Geri, Francesco Biusnelli, Umberto Breccia, Ugo Natoli, *Diritto Civile: I Diritti Reali*, Turim, 1988, pp. 2 e segs.

²² Zeno Zencovitch, referiu que a ambiguidade da norma podia justificar diversas interpretações, designadamente as seguintes: seriam bens somente as coisas que pudessem ser objecto de direitos; seriam bens também as coisas que pudessem constituir o objecto de direitos; seriam bens as coisas corpóreas; seriam bens as coisas que possam ser somente objecto de direito. Cf. "Cosa" in *Digesto delle Discipline Privatistiche: Sezione Civile*, Vol. IV, Turim, 1989, pp. 438 e segs.

Ainda de modo diverso dos anteriores, o Código Civil Português de 1966 admite uma noção ampla de coisa²³, desligando-a da anterior antinomia que procurava contrapor a coisa ao sujeito de direitos. Porém, se a referida amplitude merece acerbas críticas da parte da doutrina maioritária²⁴, cumpre reconhecer que a noção adoptada também encontra defensores empenhados²⁵. Além disso, a dogmática das coisas não pode ser desligada de contributos importantes que

²³ Coisa, nos termos do artigo 202.º, identifica-se com tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.

²⁴ Numa perspectiva mais radical, Dias Marques afirma que a noção é incorrecta, dado que confundiria, em sua opinião, as coisas, as prestações, os direitos e as próprias pessoas. Cf. *Código Civil Anotado*, Lisboa, 1968, p. 57; Carlos Mota Pinto insiste na incorrecção da definição, ao sublinhar que a mesma carece de utilidade por não ser rigorosa nem permitir dividir o valor operacional ou prático que, necessariamente, a devia enformar. Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, p. 341. Assumindo uma atitude mais moderada, Menezes Cordeiro considerou tratar-se de uma formulação menos feliz, amarrada à técnica da relação jurídica. Cf. *Direitos Reais*, Vol. I, Lisboa, 1979, p. 262; Mais tarde, afirma compreender o cariz pandectista, embora reconheça a sua imprestabilidade técnico-jurídica. Cf. *Tratado de Direito Civil Português*, Tomo II, Coimbra, 2000, p. 29. Oliveira Ascensão considerou que tal amplitude não esclarecia o que podia ser objecto de relações jurídicas e afigurava-se susceptível de enredar o jurista num círculo vicioso sem nada contribuir para a interpretação de regras jurídicas. Cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2000, p. 343; Para Pedro Pais de Vasconcelos a definição seria tradicional, pobre e tautológica. Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1999, p. 126; José Alberto Vieira entendeu, de igual modo, que a definição era tautológica, acrescentando que era muito discutível tecnicamente. *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, p. 131. Carvalho Fernandes, depois de analisar as posições doutrinárias em presença, adere, ainda assim, à orientação crítica, embora admita os exageros de algumas opiniões que se opuseram à noção do artigo 202.º. Mesmo assim, discorda daqueles que consideram a definição legal uma definição exacta e adequada. *Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 1995, pp. 544 e segs.

²⁵ Castro Mendes concorda, de um modo geral, com a definição do artigo 202.º, alertando para a necessidade de o adequar com o n.º 2 do mesmo preceito e o n.º 1 do artigo 203.º. Por isso, seguindo tal orientação interpretativa, declara que a definição é, de um modo geral, exacta. Cf. *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Lisboa, 1995, pp. 570 e segs.; Embora não indo tão longe quanto à concordância com a solução do artigo 202.º n.º 1, Heinrich Hörster perfila-se, também, como seu defensor, chegando a admitir a correcção da definição inserta naquele preceito legal. *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1992, pp. 177 e segs.; Assunção Cristas parece ser a mais entusiasta defensora da fórmula do artigo 202.º. Efectivamente, depois de apelar à compreensão para o momento histórico em que o Código foi aprovado com o predomínio da teoria da relação jurídica, entende a coisa como o objecto do direito real e objecto do direito de crédito, defendendo, coerentemente, que a prestação pode ser uma coisa. Cf. *Transmissão Contratual de Crédito: Do Carácter Real do Direito de Crédito*, Julho, 2005, pp. 522 e segs.

foram trazidos pelas teorias do património²⁶, da empresa²⁷ ou até por teorias que procuraram distinguir as coisas públicas das coisas privadas²⁸.

§3 O animal como objecto de Direitos

Sendo o animal ser uma criatura criada por Deus, afigura-se difícil e tecnicamente indemonstrável poder equipará-lo a uma pessoa. Por isso, tendo em conta os rigores da dicotomia *persona/res*, verificou-se a tendência, naturalmente compreensível de perspectivar o animal como *res* e, por isso, prefigurá-lo como objecto de direitos, designadamente como objecto de Direitos Reais.

Tanto mais que se entendeu ser natural o apossamento e a apropriação do animal, embora não fosse tão pacífica a qualificação do animal antes de tal apossamento ou apropriação. Somos daqueles que entende que os animais não eram, de um modo geral, *nullius*. Aliás, basta compreender a evolução dos objectos susceptíveis de apropriação, de modo a compreender a afirmação dos que defendem que quase tudo se encontra apropriado. Assim, porque a ocupação perdeu a anterior importância e se encontra limitada a situações marginais ou de periferia²⁹, quase não havendo *res nullius*, não parece sustentável que os animais, mesmo os animais selvagens, possam ser configurados como coisas sem dono.

Se recuarmos ao Direito Romano temos que convir que nem aí os animais assumiam uma generalizada qualificação de *res nullius*. Basta atentar no Digesto para constatar como o Direito Romano distinguia

²⁶ Sobre a teoria do património, Menezes Cordeiro reconhece que as coisas se encontram aí integradas numa massa heterógena unificada pela ideia de pertença a uma pessoa. Cf. *Tratado...* op. cit., p. 177.

²⁷ A propósito da empresa, Hans Hattenhauer sublinha a heterogeneidade dos objectos de produção e de consumo, colocando a hipótese de se contribuir para a destruição do conceito jurídico de coisa. Cf. *Grundbegriffe...* op. cit., pp. 58 e segs.

²⁸ No que respeita à teoria das coisas públicas, convém sublinhar que, por diversas vezes, quando se estuda a antinomia, pretensa ou verdadeira, entre as coisas públicas e as coisas privadas, surge, no centro do debate, a teoria da coisa e a necessidade ou o pretexto de a aprofundar. Nesta perspectiva, cf. Franz Merli, *Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch*, Viena, 1995, pp. 31 e segs; Franz Becker, *Grundzüge des öffentlichen Rechts*, 6.ª ed., Munique, 1995, pp. 16 e segs.

²⁹ Oliveira Ascensão, ao dar ênfase à perda de importância da ocupação, refere que, na actualidade, tal modo aquisitivo se limita a hipóteses de periferia. Cf. *Direito Civil: Reais*, Coimbra, 1993, pp. 449-50. Subsequentemente, constatou-se o crescente declínio e definhamento do instituto da ocupação. Cf. J.L. Bonifácio Ramos, *O Achatamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, 2008, p. 429.

várias categorias de coisas sem dono, caso das pérolas, das pedras e conchas (*res inventae in litore maris*), ou da ilha perdida no mar (*insula in mare nata*)³⁰. Algo diferente sucedia com os animais, designadamente com os animais selvagens (*ferae bestiae*). Se os animais domesticados (*bestiae mansuefactae*) se encontravam na titularidade de alguém³¹, os animais selvagens só podiam ser apropriáveis se não estivessem sob custódia alheia³², pois que, como se compreende, numa situação de custódia, não seriam *res nullius*. Além dos animais em custódia alheia, também se deviam excluir, do conjunto de coisas sem dono, os animais selvagens com o hábito de retorno (*animus revertendi*) aos terrenos ou a outros imóveis, onde geralmente habitavam³³. Além disso, afigura-se muito discutível qualificar os animais selvagens objecto de caça, de actividade venatória, como *res nullius*. O mesmo se diga do resultado da actividade piscatória realizada em lagos, lagoas, rios, ribeiras ou represas. Efectivamente, tendo em conta a titularidade do terreno onde se realiza a caça ou a titularidade do lago ou do terreno confinante com as margens do rio ou lago, encontramos o pressuposto legal de ser emitida autorização para caçar ou para pescar, pelo que a correspondente apropriação de animais ou peixes, fazia-se no abrigo daquela permissão e não no âmbito de uma apropriação originária de uma coisa sem dono³⁴. Daí o entendimento, portanto, daqueles que defendem que o conjunto de *res nullius*, só em casos muito limitados pode incluir os animais.

Se no Direito romano encontramos tais limitações, no Direito medieval ou no Direito moderno, por causa do direito de regalia e do subsequente

³⁰ Cf. Dig. 41, 1, 7, 3.

³¹ Cf. Dig. 41, 1, 5, 6.

³² Cf. Dig. 41, 1, 3, 2.

³³ Cf. Dig. 41, 1, 5, 5.

³⁴ No sentido de recusar a ideia de que os animais ou os peixes, objecto de caça ou de pesca, possam vir a ser considerados como *res nullius*, cf. Pietro Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, Vol. II, Milão, 1968, pp. 33 e segs.; Biagio Brugi, *Il Diritto Civile Italiano Secondo la Dottrina e la Giurisprudenza: Della Proprietà*, Vol. II, Nápoles, 1923, pp. 432 e segs.; Karl von Czychlarz, "Die Eigentumsverbsarten des Pandektentitels" in *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, coord. por Christian Glück, n.º 41-42, Erlangen, 1887, pp. 77 e segs.; Wilhelm von Brünneck, *Zur Geschichte des Grundeigentums in Ost- und Westpreussen*, Berlim, 1891, pp. 45 e segs.; Alois von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Vol. I, 2.ª ed., Erlangen, 1873, pp. 565 e segs.; Raimondo Ambrosini, *Il Diritto di Caccia e il Diritto di Proprietà*, Turim, 1879, pp. 36 e segs.; Josef von Anders, *Das Jagd- und Fischereirecht*, Berlim, 1884, pp. 4 e segs.; Adolf Hodler, *Das particuläre Civilrecht der Hohenzollerschen Lande*, Frankfurt, 1893, pp. 17 e segs.

direito dominial, a possibilidade de prefigurar os animais como coisas sem dono, como *nullius*, nem deve merecer aceitação. Realmente, se nem os terrenos, nem os cursos de água, nem os recursos minerais eram *nullius*, mas regalias ou bens dominiais, parece extremamente difícil sustentar o entendimento de que os animais, encontrados nesses imóveis, podiam assumir a qualidade de coisas sem dono. Como se sabe, em muitos casos, a própria caça de animais selvagens assumiu a qualidade de regalia, a par das regalias de minerais ou de tesouros, e, por isso, o respectivo exercício era sujeito a uma autorização ou a uma concessão real³⁵. Algo de semelhante aconteceu no regime dominial da Coroa ou do Estado³⁶. Assim, parece claro o entendimento segundo o qual o animal caçado, no âmbito da regalia ou do domínio não podia prefigurar-se como *res nullius*.

Além dos regimes especiais da regalia ou do domínio, temos que convir que se estudarmos, aprofundadamente, o regime e a natureza jurídica de caça, ou quiçá, o Direito de Caça, se procedermos à sua autonomização como ramo de Direito, aí também não encontramos a possibilidade de qualificar o animal como *res nullius*. Efectivamente, ao procedermos ao estudo da evolução do regime jurídico da caça ou do Direito de Caça, constatamos que, de um modo geral, o exercício da caça se fundava no Direito de propriedade, uma vez que os animais assumiam a qualidade de objectos abrangidos pela titularidade do solo³⁷. Nesta perspectiva,

³⁵ Cf. Wilhelm von Brünneck, *Zur Geschichte...* op. cit., pp. 37 e segs.; Otto Brunner, *Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, 5.^a ed., Viena, 1965, pp. 23 e segs.

³⁶ Cf. Maurice Monteil, *De La Dominalité Publique: Étude Historique et Juridique*, Paris, 1902, pp. 91 e segs.; Robert Pelloux, *Le Problème du Domaine Public: Evolution et Solutions Actuelles*, Paris, 1932, pp. 15 e segs.

³⁷ Theodor Schirmer demonstrou, a esse propósito, que nem no Direito Romano havia uma livre apropriação de animais por meio do exercício da actividade de caça. Cf. "Kennen die Römer ein Jagdrecht des Grundguthümers?" in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, n.º 11, 1873, pp. 311 e segs. De modo semelhante, Wilhelm von Brünneck teorizou sobre o direito a animais caçáveis, que só podia ser concedido ou atribuído a outrem pelo titular do solo, configurando-o como direito de exploração que permitia a posterior apropriação das peças de caça ou dos próprios animais. Cf. *Zur Geschichte...* op. cit., pp. 65 e segs.; Assistiu-se, assim, como explica Raimondo Ambrosini, a uma progressiva eliminação da caça livre, em prol da crescente afirmação do proprietário do solo, pelo que a actividade venatória só poderia existir com a autorização ou consentimento do proprietário. Em caso contrário, haveria um furto dos animais caçados ou presos. Ora, como parece claro, o furto não incidia sobre *res nullius* mas sobre bens que se encontravam na titularidade de outrem. Cf. *Il Diritto...* op. cit., pp. 41 e segs.; Josef von Anders que estudou, de modo aprofundado o regime jurídico da caça, no Direito alemão e no Direito austriaco,

cumprê sublinhar, aliás, a orientação daqueles que defenderam a orientação segundo a qual os animais eram produtos da actividade venatória e, por isso, deviam equiparar-se aos frutos ou produtos do imóvel³⁸. Por isso, os animais não eram *res nullius*, mas objectos determinados sobre os quais incidia a titularidade do proprietário do terreno e, a partir do exercício da caça, a titularidade do caçador.

A crescer ao que foi dito assumindo a distinção entre a ocupação e o achamento, parece evidente que uma grande parte dos animais apropriáveis eram adquiridos por achamento, dado que só podiam ser adquiridos por ocupação os verdadeiros *nullius*, ou seja os animais que nunca tiveram dono ou que haviam sido abandonados. Aliás, mesmo o direito de um terceiro na apropriação de abelhas ou de animais ferozes, extraviados em determinadas circunstâncias, não podia ter por base o modo aquisitivo da ocupação, mas antes a causa apropriativa do achamento³⁹.

As necessidades básicas do homem, designadamente as de transporte e de alimentação, justificam a qualificação do animal como objecto de apossamento e de apropriação. Nessa medida, compreende-se porque o regime de aquisição da titularidade de coisas corpóreas, está repleto de incidências e de prescrições relativas aos animais. Existem abundantes referências no regime da ocupação, no achamento, na acessão ou até na

concluiu que a legislação aplicável assentou no pressuposto de que o Direito de Caça era uma consequência da propriedade fundiária. Cf. *Das Jagd- ...op. cit.*, pp. 6 e segs. Em sentido semelhante, Helmut Binder, *Jagdrecht*, Viena, 1992, pp. 28 e segs.

³⁸ Cf. Carl Gerber, *System des deutschen Privatrechts*, 2.^a ed., Jena, 1850, pp. 215 e segs.; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol. I, 9.^a ed., Frankfurt, 1894, pp. 661 e segs.

³⁹ Sobre a distinção entre achamento e ocupação, abandono, perda da posse e perda titularidade, além da requalificação do objecto como *res nullius*. Cf. Silvio Romano, *Studi Sulla Derelizione nel Diritto Romano*, Pádua, 1933, pp. 5 e segs.; Pietro Bonfante, “La Derelizione e l’Apreensione di Cose Derelitte” in *Scritti Giuridici Vari*; Vol. II, Turim, 1918, pp. 355 e segs.; Pietro Bonfante, “Il concetto delle derelizione e sua relazione com il possesso” in *Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, n.º 50, 1917, pp. 123 e segs.; Arthur Brückmann, “Der Begriff der Verlorenen Sache” in *Archiv für bürgerliches Recht*, n.º 23, 1904, pp. 323 e segs.; Walter Pcters, *Der “Finder” und der “Entdecker” im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Rostock, 1908; J.L. Bonifácio Ramos, *O Achamento de Bens Culturais Subaquáticos*, Lisboa, 2008, pp. 423 e segs. Além disso, convém sublinhar que diversos autores utilizaram o termo *ocupação* em sentido lato, englobando no termo o próprio achamento. Deste modo, quando referiram a ocupação queriam referir-se a outro modo de aquisição, o achamento. Assim, Cf. Fernando Salaris, “L’ Acquisto della Proprietà” in *Trattato di Diritto Privato*, coord. por Pietro Rescigno, Vol. 7, Tomo I, Turim, 1982, pp. 631 e segs.; Biagio Brugi, *Della Proprietà... op. cit.*, pp. 395 e segs.

usucapião. Efectivamente, depois das importantes restrições indicadas, em sede da ocupação, como modo aquisitivo, ainda podemos encontrar animais susceptíveis de serem ocupados. Basta referir, a esse propósito, os animais abandonados⁴⁰. Além disso, temos o achamento de animais, onde, a par da aquisição no exercício de actividade venatória, encontramos ainda o regime dos animais perdidos ou extraviados⁴¹. A crescer a estes modos de aquisição, ainda temos a usucapião⁴² ou a acessão de animais⁴³ que nos ajudam a compreender como a problemática da apropriação de animais se encontra presente em diferentes modos aquisitivos de coisas corpóreas.

Ainda sem pretender adiantar conclusões que só se devem indicar após o estudo do Direitos dos Animais e do contributo que os outros novos Direitos trouxeram à dogmática jurídica, de um modo geral, e aos

⁴⁰ Sublinhe-se que, nesse caso, a ocupação só se pode fazer quanto a coisas isoladas, pois que, como explicou Cunha Gonçalves, o sujeito devia apreender materialmente as coisas isoladas que haviam sido objecto de abandono. *Tratado...* op. cit., p. 163.

⁴¹ Nestas situações, objecto de diversas prescrições legais, convém sublinhar que os vários regimes jurídicos só permitem, de um modo geral, a aquisição de animais, ferozes ou não ferozes, em determinadas circunstâncias, susceptíveis de os configurar como animais perdidos, afastando-os, assim, da condição de *nullius*. Cf. Martin Wolff, Ludwig Raiser, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. III, *Das Sachenrecht*, Marburg, 1931, pp. 520 e segs.; Karl von Czychlarz, "Die Eigentumsverwerbsarten..." in op. cit., pp. 51 e segs.; Biagio Brugi, *Il Diritto...* op. cit., pp. 474 e segs.; Vittorio Scialoja, *Teoria Della Proprietà nel Diritto Romano*, Roma, 1933, pp. 33 e segs.

⁴² A propósito da usucapião, cumpre recordar que para diversos autores as coisas abandonadas ou perdidas não deviam ser ocupáveis, nem objecto de achamento, mas deviam ser usucapíveis. Esta orientação foi buscar fundamento à controvérsia que opôs os Proculeanos e os Sabinianos, no Direito Romano. Assim, enquanto Pomponius ou Gaius defenderam que a coisa abandonada era adquirida imediatamente por ocupação, os Proculeanos, designadamente Paulus, recusara a ideia, preferindo sustentar que a coisa só podia ser adquirida por outrem depois do apossamento e do decurso dos prazos de usucapião. Ora, tal controvérsia fez o seu caminho doutrinário, motivando a defesa da usucapião, em detrimento da ocupação e do achamento a propósito de diversas coisas móveis corpóreas. Cf. Theodor Gimmerthal, "Über den Eigentumserwerb am Schatze" in *Archiv für die civilistische Praxis*, n.º 51, 1868, pp. 63 e segs.; Ernst Eck, "Gutachen über die Frage: wie ist die Behandlung gefundener Sachen zivilrechtliche einheitlich zu regeln" in *Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages*, Berlim, 1882, pp. 41 e segs.

⁴³ Os defensores da teoria da acessão perspectivam a aquisição de bens móveis e corpóreos, designadamente os animais, que se encontrem num determinado terreno, como beneficiando, no todo ou em parte, o proprietário do solo, o *dominus loci*. Cf. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Vol. I, Berlim, 1884, pp. 462 e segs.; Wilhelm Sell, *Versuche im Gebiete des Zivilrechts*, Vol. I, Giessen, 1833, pp. 150 e segs.

animais, de modo particular, podemos assentar na ideia de que os animais eram bens susceptíveis de apropriação e, por isso, se encontravam no comércio jurídico como objecto de Direitos.

§4 O Animal como coisa?

Se o animal tem sido objecto de apropriação, parece compreensível que o animal se configure como objecto de direitos, que se identifique ou, pelo menos, se equipare a uma coisa. Todavia, tal equiparação não significa, necessariamente, que o animal seja prefigurado como coisa. Efectivamente, se o animal pode ser apropriado e, por isso, constituir um objecto de direitos, isso não significa que o objecto deva ser configurado, necessariamente, como coisa. Daí que a indagação relativa a saber se o animal assume a natureza de coisa jurídica subsista, independentemente da aceitação de teorias apropriativas cujo objecto é o próprio animal.

Sendo certo que se encontram aspectos susceptíveis de justificar a ideia de que, no Direito Romano, existia uma identificação entre o animal e a coisa, cumpre indagar se tal identificação subsistiu ou, se pelo contrário, soçobrou no devir dos tempos. Efectivamente, se o Direito Romano assentava numa dicotomia entre a pessoa e a coisa, como o animal não se encontrava inserido na categoria das pessoas, que se subdividia em homens livres e escravos⁴⁴, o animal era incluído na categoria de coisas. Por isso, havia diversas referências a classes de animais, designadamente a animais selvagens e a aves⁴⁵, susceptíveis de poderem integrar o conjunto de coisas juridicamente atinentes ao Direito Privado. Assim, encontramos tal orientação na regulamentação do gado graúdo⁴⁶, caso dos cavalos, dos burros e machos, configurados como *res Mancipi*⁴⁷, por contraste com outros animais, qualificados como *res nec Mancipi*⁴⁸.

As concepções da Idade Média sobre esta problemática eram semelhantes pois a subsistência daquela dicotomia impunha que os animais

⁴⁴ Tanto o Digesto como as Institutas de Gayo referiam que a divisão mais ampla, em sede de Direito das pessoas, era entre homens livres e escravos. Cf. Dig. I, 5, 3; Gaius, *Institutas*... op. cit., I § 9.

⁴⁵ Gaius refere-se, nesta perspectiva à aquisição de animais ferozes *Ibidem*, II § 67.

⁴⁶ Expressão de Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, trad. portuguesa, Lisboa, 1999, p. 122.

⁴⁷ Cf. Gaius, *Institutas*... op. cit., II, 14 a.

⁴⁸ Sobre as diferenças entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, cf. Albrecht Schweppe, *Römisches Rechtsgeschichte*, 3.ª ed., Göttingen, 1883, pp. 495 e segs.; Pietro Bonfante, *Scritti Giuridici Varii*, Vol. II, Turim, 1926, pp. 23 e segs.

se distinguíssem, de modo claro, das pessoas e, por via disso, fossem identificados com as coisas inanimadas. Tal tendência verificou-se, no Direito Germânico, primeiramente, com a oposição entre *Munt* e *Gewere*⁴⁹ e, mais tarde, com as prescrições do *Sachsenspiegel*, que procuravam proteger a propriedade dos animais, aproximando, também aí, o animal e a coisa, ao regular o regime da regalia da caça⁵⁰.

Mais tarde, o *Allgemeines Landrecht* prosseguiu idêntica orientação dicotômica⁵¹, ao colocar o animal no âmbito da coisa jurídica. Embora não dependesse, como outrora, a sobrevivência da espécie humana da apreensão do animal, o Homem continuou a utilizar os animais para sua alimentação, para o trabalho no campo, para o transporte, pelo que era compreensível a subsistência da equiparação entre o animal e a coisa⁵². Por isso, mesmo no século seguinte, foi o entendimento generalizado, bastando recordar a generalidade dos Códigos Civis daquele século, caso do *Code Civil*⁵³, do Código Civil português de 1867⁵⁴ e do *BGB*⁵⁵.

⁴⁹ O *Munt* correspondia, num primeiro momento, ao *manus* romano e consistia no domínio do proprietário, do chefe de família, sobre tudo o que se encontrava nos seus domínios, designadamente as pessoas e os animais. Mais tarde, o *Munt* parecia estar reservado para o domínio sobre pessoas livres e semilivres, o *Gewere* englobava os escravos e os outros objectos, designadamente os animais, que estivessem na casa ou nos terrenos que pertenciam ao chefe de uma família. Cf. Andreas Heusler, *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Vol. I, Leipzig, 1885, pp. 97 e segs.; Rudolf Sohm, *Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, 17.ª ed., Munique, 1928, pp. 37 e segs.; Otto Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Vol. II, 2.ª ed., Berlim, pp. 25 e segs.

⁵⁰ Sobre as principais diferenças entre as regalias de caça, de minerais e de tesouro no *Sachsenspiegel*, cf. Ernst Eckstein, "Das Schatz und Fundregal und seine Entwicklung in den deutschen Rechten" in *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, n.º 31, 1910, pp. 193 e segs.

⁵¹ Cf. ALR, II, 2.3.

⁵² Cf. Joseph Löhr, *Das Preussische Allgemeine Landrecht und die Katholischen Kirchengesellschaften*, Schöningh, 1917, pp. 6 e segs.

⁵³ Cf. a primeira versão do artigo 524.º do *Code Civil*.

⁵⁴ Se o artigo 383.º era claro ao designar os animais como coisas, a doutrina assentia na ideia de que as crias dos animais deviam ser integradas na categoria de frutos da coisa. Sobre este aspecto, cf. Cabral de Moncada, *Lições...* op. cit., p. 86.

⁵⁵ Além do § 90, existiam outros preceitos de onde era possível extrair a ideia de que o animal era, na versão inicial do BGB, uma coisa. Além de referir, a título exemplificativo, os §§ 91, 92, parece evidente que, nos termos dos § 98 e 99, os animais eram produtos ou frutos da coisa. Neste sentido, cf. Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 47.ª ed., Munique, 1988, pp. 57 e segs.

§5 A Protecção dos Animais

No entanto, se a identificação entre o animal e a coisa subsistiu até ao século XIX, convém sublinhar que as ideias sobre a justeza ou a necessidade de proteger os animais eram muito mais antigas. Aliás, encontramos a formulação de regras éticas e de regras jurídicas, que insistiam na protecção e na preservação de animais, desde a própria Antiguidade.

Quanto à defesa de regras éticas que propugnam a protecção e a defesa dos animais, encontramos tais postulados em pensadores clássicos, como Pitágoras⁵⁶ ou Empédocles⁵⁷, em filósofos modernos, como Montaigne⁵⁸, Leibniz⁵⁹, Bentham⁶⁰, ou em pensadores contemporâneos, designadamente Kant⁶¹,

⁵⁶ A cosmogonia de Pitágoras coloca em pé de igualdade todos os seres vivos, num dinâmico processo de intercâmbio. Daí que o Mundo não seja o domínio de alguns, porque foi dado a todos, igualmente. Cf. G. Kirk, J. Raven e M. Schofield, *The Presocratic Philosophers*, 2.^a ed., Cambridge, 1983, pp. 214 e segs.

⁵⁷ Empédocles sublinhou o laço de parentesco que unia todos os seres vivos, defendendo que se tirássemos a vida a um animal, estaríamos a matar um parente ou um familiar, cometendo uma injustiça, um acto impiedoso. Cf. G. Kirk, J. Raven e M. Schofield, *The Presocratic...* op. cit., pp. 280 e segs.

⁵⁸ Michel de Montaigne distinguiu-se por exigir uma atitude protectora para com os animais, indicando diversos exemplos em que os povos da Antiguidade já haviam demonstrado atitudes conducentes a promover uma atitude de respeito e de compaixão para com os animais. Cf. *Essais*, Paris, 1927, pp. 23 e segs.

⁵⁹ Para Gottfried Leibniz, a natureza da vontade requer liberdade e esta deve ser acompanhada da razão, pelo que os animais, apesar de possuírem capacidade de acção, carecem de liberdade. Todavia, esse raciocínio não permitiu desvalorizar, por completo, a posição dos animais. Assentando naquilo que se convencionou designar por dualismo teísta, defendeu que tudo que tinha corpo devia possuir uma parte de espírito, mesmo que infima, pelo que, por causa deste pressuposto, entendia ser necessário reconhecer direitos aos animais, que, em determinados casos, justificaria a aplicação da analogia. Cf. *Die philosophischen Schriften*, Vol I, Berlim, 1966, pp. 25 e segs.

⁶⁰ Jeremy Bentham considerou os animais como seres sensitivos, a par dos humanos, pelo que também deviam ser objecto de benevolência e de boa vontade. Seguidamente defendeu que os seres vivos que se encontravam sob influência ou poder de direcção humano, designadamente outras pessoas ou mesmo os animais, tinham direito ao bem-estar. Nessa perspectiva, reverberou a negligência e a insensibilidade que os antigos juristas haviam manifestado em relação aos animais, quando os colocavam na categoria degradante das coisas. Diferentemente, Bentham preconizou a conquista de direitos pelos animais e, ao antever o fim das discriminações entre as raças por causa da cor da pele, defendeu que algo de semelhante deveria suceder, no futuro, em relação aos animais. Cf. "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation" in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1970, pp. 44 e segs.

⁶¹ Immanuel Kant refere-se em diversas passagens da sua obra aos animais. Assim, quando procura demonstrar a existência de Deus, reflecte sobre a ordem da natureza e reconhece que tanto o reino vegetal como o reino animal são frutos de uma criação divina.

Krause⁶², Schopenhauer⁶³ e Hartmann⁶⁴. As próprias regras jurídicas susceptíveis de proteger os animais, indiciaram-se na Antiguidade⁶⁵ e apoiaram-se, mais consistentemente, nos contributos de Hommel⁶⁶ ou de Ihering⁶⁷, merecendo apoio posterior de juristas tão diferenciados como Berner⁶⁸, Schwantje⁶⁹ ou Kotter⁷⁰.

Subsequentemente, defendeu a necessidade de promover o fim da violência sobre os animais, em nome da própria humanidade que devia promover um amor universal, que, por isso, devia assumir compaixão pelos animais de modo a promover o bem dos próprios seres humanos. Cf. *O Único Argumento Possível para uma Demonstração de Deus*, Lisboa, 2004, pp. 88 e segs.

⁶² Carl Christian Krause, ao defender a união da humanidade, partiu de um postulado panteísta segundo o qual tudo resultaria da emanação de Deus. Assim, construiu uma ética animal, onde radicavam os direitos próprios dos animais, designadamente os direitos ao bem-estar, à alimentação e à isenção de dor. Tais direitos exigiriam o respeito do ser humano que devia assumir o dever moral de reconhecimento da dignidade animal. Cf. *Das System der Rechtsphilosophie*, Berlim, 1874, pp. 244 e segs.

⁶³ Apesar de Arthur Schopenhauer reconhecer a ausência de comportamentos reflexivos por parte dos animais, sublinhava a similitude de determinadas capacidades, humana e animal, designadamente no que respeita ao sofrimento. Daí que acentuasse a necessidade de evitar as condições degradantes em cativeiro, bem como as experiências científicas que implicassem dor e desconforto aos animais. Cf. *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, Vol. II, Frankfurt, 1841, pp. 243 e segs.

⁶⁴ Eduard von Hartmann, depois de estudar as ciências naturais de modo a procurar explicação para o fundamento da criação do Mundo, e após reflectir sobre os postulados da teoria de Darwin, defendeu a necessidade de atribuir ao animal uma posição equiparável a um sujeito jurídico, no plano da ética e da moral. Desse modo, perspectivou o animal como um sujeito jurídico susceptível de verdadeira capacidade jurídica. Cf. *Le Darwinisme: Ce Qu' Il Y A De Vrai et de Faux Dans Cette Theorie*, Paris, 1909, pp. 52 e segs; *Ethische Studien*, Berlim, 1920, pp. 45 e segs.

⁶⁵ Um texto atribuído a Ulpiano, referia que o Direito não devia ser restringido ao género humano, mas abarcar todo o animal que tenha nascido na terra ou no mar. Deste modo, os animais seriam efectivos participantes no Direito da Natureza. Cf. *Institutiones*, I, 2.

⁶⁶ Ferdinand Hommel insistiu, embora sem apoio na lei de protecção de animais, que nessa altura não existia na Saxónia, numa ideia fundamentada de que a tortura e o sofrimento dos animais era indigno da condição humana e, por isso, merecedor de severa condenação. Cf. *Diss. de ratificatione confessionis per tormenta extortae*, Leipzig, 1739, pp. 6 e segs.

⁶⁷ O próprio Rudolf von Ihering reconhecia aos animais uma vontade própria de sobrevivência e, nessa medida, apesar de não lhes reconhecer os direitos próprios do Homem, repudiava toda a crueldade cometida contra os animais. Cf. *Der Zweck im Recht*, Vol. I, 6^o ed., Leipzig, 1923, pp. 25 e segs.

⁶⁸ O penalista Albert Berner defendia a tipificação penal de comportamentos contra os animais, porque lhes atribuía direitos semelhantes aos seres humanos. Cf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 14.^a ed., Munique, 1997, p. 262.

⁶⁹ Magnus Schwantje alertava para os perigos e a crueldade das experiências científicas de vivissecação. Cf. *Gründe gegen die Vivisektion*, Berlim, 1919, pp. 13 e segs.

⁷⁰ Ludwig Kotter teorizou sobre a atribuição de direitos de natureza indirecta aos animais, indicando, a esse propósito, os direitos de não serem torturados ou abusados. Cf. *Vom Recht des Tieres*, Berlim, 1965, pp. 8 e segs.

Também o Direito constituído começou a dar indicações consistentes, sobretudo a partir da primeira metade do século XIX, quanto à efectiva necessidade de proteger os animais. Isso foi notório tanto no *Martin's Act* inglês⁷¹, como na legislação penal de alguns Länder alemães⁷². Subsequentemente, as próprias codificações nacionais assumiram uma empenhada orientação protectora⁷³. Diversa outra legislação avulsa, não só procurou criminalizar diversas situações limite, como promoveu uma efectiva protecção dos animais⁷⁴. Além disso, sobreveio a protecção constitucional⁷⁵ e até a protecção de âmbito internacional⁷⁶.

Aliás, se as ideias mestras relativas à protecção de animais, possuíam um desenvolvimento que, ao fim e ao cabo, acompanhou a história cultural do próprio Homem, cumpre reconhecer que o nível jurídico de protecção do animal revela, actualmente e de alguma maneira, o nível civilizacional de uma determinada sociedade⁷⁷. Todavia, mesmo nas sociedades em que haja um nível de protecção elevado, sucede que, para alguns autores isso

⁷¹ O *Martin's Act*, de 22 de Julho de 1822, declarava punível o abuso cruel sobre animais, praticado de forma alcatória e indiscriminada, com uma multa que poderia ir até cinco libras a que podia corresponder, inclusivamente, uma pena de prisão até três meses.

⁷² Cabe referir que o primeira legislação penal a tipificar o crime de tortura e de maus tratos de animais foi a do *Land* da Saxónia, em 1838, cujo artigo 310.º determinava a aplicação de uma pena de prisão até quatro semanas, remível por multa, de natureza proporcional.

⁷³ Nesta perspectiva, o § 360 do Código Penal alemão de 1871, alterado em 1888, tipificou os maus tratos sobre animais ou o Código de Processo Civil austríaco que isentou de penhora, nos termos do § 811, algumas espécies de animais.

⁷⁴ Cf. a precursora Lei de Protecção de Animais alemã, de 24 de Novembro de 1934. Depois disso, tem sido aprovada diversa legislação relativa à protecção dos animais.

⁷⁵ A protecção dos animais encontra-se expressamente consagrada, pelo menos, nas Constituições da Confederação Helvética, artigos 80.º e 120.º, da República Federal da Alemanha, artigo 20a, e da República Federativa do Brasil, artigo 225.º.

⁷⁶ Indica-se, a título de exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Animal, aprovada pela Unesco em 16 de Outubro de 1978; a Convenção Europeia para a Protecção dos Animais de Companhia, aprovada no Conselho da Europa em 13 de Novembro de 1987; a Convenção Europeia sobre a Protecção de Animais Vertebrados Utilizados com Fins Experimentais e Outros Fins Científicos aprovada no Conselho da Europa em 18 de Março de 1986, o Anexo C ao Tratado de Amsterdão relativo ao Bem Estar Animal. Cf. a tal propósito, Chris Wold, "World Heritage Species: A New Legal Approach to Conservation" in *Georgetown International Environmental Law Review*, n.º 20, 2008, pp. 337 e segs.

⁷⁷ Günter Erbel refere, a esse propósito, que as ideias culturais influenciaram, tanto de modo positivo, como de modo negativo, a protecção de animais, revelando o nível civilizacional de uma determinada época. "Rechtsschutz..." in op. cit., pp. 1240 e segs.

não se afigura suficiente porque, como as normas de protecção animal são normas de Direito Público, elas são susceptíveis de serem ineficazes se colocadas em contraponto com as normas de Direito Civil, as quais continuam a prefigurar o animal como coisa⁷⁸.

§6 Os Animais e os Novos Direitos

6.1. *Razão de Ordem*

De modo a promover e consolidar a defesa e a protecção dos animais têm sido apresentadas novas teorizações susceptíveis de conferir uma outra perspectiva ou um outro enquadramento à problemática da protecção animal. Isso foi motivado pela emergência dos designados novos Direitos, sobretudo no que dizia respeito ao estudo do objecto do Direito Agrário, do Direito Pecuário, do Direito do Ambiente, do Direitos dos Animais, do Direito da Cultura ou do Direito do Turismo.

Todavia, tendo em conta o tema proposto e a estrita dimensão do presente estudo, devemos restringir a abordagem deste capítulo à problemática da protecção animal apenas a propósito do Direito do Ambiente e do Direito dos Animais.

6.2. *O Direito do Ambiente*

Sem pretender entrar na polémica relativa à autonomização do Direito do Ambiente, diremos que a ecologia promove o desenvolvimento do bem-estar e defende que o equilíbrio da vida na Terra implica uma protecção global, abrangendo a defesa de determinadas espécies, como a espécie animal e a espécie humana, sem desvalor ou sacrifício de umas espécies em favor de outras. Assim, partindo desta ideia de conjunto que implicou, nalguns casos, o entendimento de que a Terra era um ser vivo⁷⁹, incluiu-se no objecto da ecologia não apenas os animais mas a própria humanidade, que integraria a protecção ambiental, de acordo com um princípio biocêntrico, assente na perspectiva que pretendia substituir o

⁷⁸ Esta é a perspectiva defendida por Birgit Brüninghaus. Cf. *Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlim, 1992, p. 125.

⁷⁹ James Lovelock entende a Terra, a Gaia, como um super organismo do qual a humanidade faz parte, pelo que o Homem não pode ser nem o seu passageiro nem o seu inquilino. *A New Look at Life on Earth*, Oxford, 1979, pp. 23 e segs.; *Idem. The Ages of Gaia: A Biography of Our Living Earth*, Nova Iorque, 1988, pp. 48 e segs.

antropocentrismo dominante por um ecocentrismo⁸⁰, mais adaptado aos novos desafios da contemporaneidade.

Porém, as ideias de crença num holismo que subordinava os seres vivos, racionais e não racionais, aos desígnios de um pretenso equilíbrio ecológico e ambiental, encontrou inúmeras resistências, mesmo entre os próprios ecologistas⁸¹. Por isso, procurou-se compatibilizar as preocupações ambientais com a evolução da sociedade moderna, de modo a demonstrar a ausência de antagonismos e a emergência de uma sociedade assente em valores que promovessem a preservação ambiental sem ostracizar as necessidades civilizacionais⁸².

A partir daí, aceitou-se que os recursos naturais e os seres vivos, tanto homens como animais, deviam integrar um espaço comum, a ser por todos fruído e partilhado. Nesta perspectiva, entendeu-se que os animais deviam integrar os pressupostos da protecção ecológica e até o objecto do próprio Direito do Ambiente. Defendendo esta orientação,

⁸⁰ Nesta perspectiva, situou-se a corrente da ecologia profunda que procurou promover a coerência da vida na Terra e, por isso, defendeu a necessidade de restringir quaisquer atitudes ou actividades que ameaçassem a sobrevivência do Planeta, caracterizado como a fábrica de vida. Como tal, a própria espécie humana atingiria a sua realização plena quando se envolvesse na protecção conjunta dos animais e das plantas. Cf. Arne Naess, *Ecology, Community and Lifestyle*, Cambridge, 1989, pp. 164 e segs.; Michael Zimmerman, *Environmental Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology*, Nova Iorque, 1993, pp. 46 e segs.

⁸¹ Luc Ferry, a tal propósito, sublinhou os resultados deploráveis a que conduziu a política de protecção da Natureza e do meio ambiente afastada da vivência e da Cultura dos seres humanos. Acrescentou ainda que o holismo possuía semelhanças com o próprio nazismo, quando procurou impor estritas e cegas directivas estaduais, de modo a proteger a integridade de extensas áreas de um território onde vivem seres humanos. Cf. *Le Nouvel Ordre Écologique*, Paris, 1989, pp. 67 e segs.

⁸² Tal orientação é, de algum modo, protagonizada pela ecologia social que sublinha a ideia de que o destino da vida humana se encontra intimamente ligado ao destino da vida não humana. Por isso, defende que a crise da ecologia passa pela necessidade de compreender e de integrar as valências de índole cultural e social de uma comunidade que se insere num território determinado. Consequentemente, rejeita a oposição entre o antropocentrismo e o biocentrismo, defendendo a necessidade de se integrar a natureza humana (*human nature*) e a natureza biótica (*biotic nature*). Cf. Murray Bookchin, *The Ecology of Freedom: The Emergence and Dissolution of Hierarchy*, Nova Iorque, 1982, pp. 5 e segs.; J. Baird Callicott, "The Conceptual Foundations of the Land Ethic" in *Defense of the Land Ethic*, Albany, 1989, pp. 73 e segs.

encontramos autores tão diversos como Prieur⁸³, Miragem⁸⁴, Erbguth e Schlacke⁸⁵, Holcombe⁸⁶, Ash⁸⁷, Schulze-Fielitz⁸⁸ ou até Bacelar Gouveia⁸⁹ que apresentam incidências relativas à protecção de animais inseridas no Direito do Ambiente, seja no que respeita a restrições ao regime jurídico da caça, seja a outras questões ambientais. A esta orientação, opõe-se uma outra que reconhece que a matéria relativa aos animais se afigura exógena ao Direito do Ambiente. A esse propósito, citamos Alibrandi e Ferri⁹⁰, Cortese⁹¹ e Mason⁹².

Com o propósito de dilucidar a questão, Carla Amado Gomes, ao estudar o objecto do dever de protecção do ambiente, recusa a noção ampla de ambiente e sublinha que a integração do animal no objecto do Direito do Ambiente lhe suscita as maiores dúvidas, acabando por concluir pelo afastamento daquela teoria⁹³. Partindo de outros postulados, Maria

⁸³ Cf. Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 2.^a ed., Paris, 1991, pp. 313 e segs.

⁸⁴ Cf. Bruno Miragem, "O Artigo 1228.º do Código Civil e os Deveres do Proprietário em Matéria de Preservação do Meio Ambiente" in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 168, 2005, pp. 107 e segs.

⁸⁵ Cf. Wilfried Erbguth e Sabine Schlacke, *Umweltrecht*, Berlim, 2005, pp. 46 e segs.

⁸⁶ Cf. Justin Holcombe, "Protecting Ecosystems and Natural Resources by Revising Conceptions of Ownership, Rights, and Valuation" in *Journal of Land, Resources and Environmental Law*, n.º 26, 2005, pp. 83 e segs.

⁸⁷ Cf. Kyle Ash, "Why Managing Biodiversity Will Fail: An Alternative Approach to Sustainable Exploitation for International Law" in *Animal Law*, n.º 13, 2007, pp. 209 e segs.

⁸⁸ A propósito do estudo do artigo 20a da Constituição alemã, Helmut Schulze-Fielitz parece integrar a protecção dos animais numa categoria muito mais vasta de protecção ambiental e até da protecção da própria Vida. Cf. "La Protezione dell' Ambiente nel Diritto Costituzionale Tedesco" in *Diritto Ambientale e Costituzione*, Milão, 2000, p. 72.

⁸⁹ Neste caso, prefere-se o entendimento que preconiza a integração do "Direito dos Animais" no Direito de Protecção da Natureza ou do Ambiente. Cf. Jorge Bacelar Gouveia, "A Prática de Tiro aos Pombos, A Nova Lei de Protecção dos Animais e a Constituição Portuguesa" in *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 13, 2000, p. 239.

⁹⁰ Cf. Tommaso Alibrandi e Piergiorgio Ferri, *I Beni Culturali e Ambientali*, Milão, 1995, pp. 52 e segs.

⁹¹ Cf. Wanda Cortese, *I Beni Culturali e Ambientali: Profili Normativi*, Milão 1999, pp. 329 e segs.

⁹² Cf. Jim Mason, "The Animal Question: The Key To Coming to Terms with Nature" in *Animal Law*, n.º 13, 2007, pp. 199 e segs.

⁹³ Efectivamente, Carla Amado Gomes, apesar de conceder que os animais selvagens devem ser considerados bens ambientais naturais, recusa atribuir idêntica qualidade aos animais domésticos ou animais de companhia. Embora considere que o estatuto de um animal doméstico não pode ser confundido com o de uma coisa, também entende que aquele não será um bem natural, dado que não se trata nem de um objecto inanimado

da Glória Garcia, na parte dedicada à ética e à protecção do ambiente, analisa o zoocentrismo, acabando por concluir que tal abordagem não fornece resposta adequada às inquietações da questão ecológica, pelo que também exclui os animais do objecto do Direito do Ambiente⁹⁴.

6.3. O Direito dos Animais

Assentando em postulados éticos e filosóficos que anteriormente sublinhavam a necessidade de evitar a dor e o sofrimento animal, Peter Singer enfatiza a capacidade de sofrimento animal, bem como a similitude daquela capacidade com a dos próprios seres humanos⁹⁵. Tendo em conta tal similitude, defende não haver razão atendível que motive a procura da eliminação do sofrimento humano e despreze, por seu turno, o sofrimento e a dor do animal⁹⁶. Por isso, promove a defesa da igualdade entre o ser humano e o animal, a propósito da protecção contra a dor e o sofrimento⁹⁷, de modo a evidenciar a necessidade de defesa dos interesses dos animais em estrita igualdade com os interesses dos próprios seres humanos⁹⁸.

Subsequentemente, Tom Regan coloca o estatuto do animal no centro do debate ao revisitar o pensamento kantiano e ao adaptá-lo aos paradigmas da actualidade. Naquela perspectiva, critica Kant por ter sucumbido ao antropocentrismo e assim ter construído postulados dirigidos, em exclusivo, para os seres racionais, pois que, em sua opinião, todos os

nem de um bem natural, cujas qualidades devem ser susceptíveis de fruição colectiva. Cf. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 167 e segs.

⁹⁴ O desencanto de Maria da Glória Garcia é tal que afirma que o zoocentrismo não explica algo que resulta do poder excessivo desenvolvido sobre a natureza da responsabilidade do homem, um poder susceptível de gerar catástrofes e o esgotamento dos recursos naturais, ameaçando a sustentabilidade da vida na Terra. Cf. *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Coimbra, 2007, pp. 115 e segs.

⁹⁵ Cf. Peter Singer, *Animal Liberation*, 2.ª ed., 1990, Nova Iorque, pp. 29 e segs; *idem*, *Rethinking Life and Death*, Nova Iorque, 1994, pp. 200 e segs.

⁹⁶ Cf. Peter Singer, *Animal...* op. cit., p. 27.

⁹⁷ De sublinhar que a igualdade defendida por Singer, não exige um tratamento igual entre o animal e o ser humano, mas promove um respeito idêntico daqueles seres viventes. Cf. Peter Singer, *Animal...* op. cit., p. 21; *idem*, *Rethinking...* op. cit., pp. 202-3.

⁹⁸ Nesta perspectiva, Peter Singer faz um lúcido e curioso raciocínio ao considerar que uma restrição de direitos aos membros da raça humana era algo de correlativo ao que se fez no passado com os membros da raça ariana. Tal postulado assumia, como este assume agora, uma natureza racista. Cf. *Animal...* op. cit., pp. 17 e segs.

sujeitos, “*subjects-of-a-life*”, devem merecer idêntico tratamento e respeito, dado pertencerem a uma mesma comunidade⁹⁹. Por isso, Regan, reconhecendo a existência de interesses distintos entre os animais e os seres humanos¹⁰⁰, sublinha o imperativo do respeito equitativo por todos os seres, racionais ou não racionais, considerando como arbitrário e injusto promover o valor dos seres humanos e negar, ao mesmo tempo, as consabidas potencialidades dos animais¹⁰¹.

Se estas ideias fundamentam os pressupostos das teorias próprias dos Direitos dos Animais, temos de reconhecer que a evolução teórica recente até é susceptível de fazer crer que as ideias de Singer e de Regan são já antiquadas ou ultrapassadas. Efectivamente, depois da publicação das principais obras daqueles pensadores, Francione distingue duas vertentes da mesma problemática, o bem-estar animal, por um lado, e os direitos dos animais, por outro, de modo a concretizar uma progressão teórica importante. Quanto à primeira vertente, considera ser essencial evitar a dor, o sofrimento ou a morte ao animal¹⁰² e, quanto à segunda, defende que a única maneira eficaz de cortar com o ciclo de exploração animal seria preconizar a abolição do estatuto de propriedade sobre os animais¹⁰³. Todavia, no que respeita à questão dos direitos dos animais, convém

⁹⁹ Para Regan, *subject-of-a-life* pode caracterizar-se como o ser cujo valor intrínseco advém dos comportamentos e desejos; da percepção, da memória; da vida emocional com sensações de dor, de prazer e de bem-estar; da capacidade de iniciativa de modo a perseguir os seus gostos e objectivos e de uma identidade psíquica e física. Cf. *The Case for Animal Rights*, Berkeley, 1983, p. 243.

¹⁰⁰ Tal distinção impedia que os interesses dos animais pudessem ser reduzidos ou limitados na conformidade dos interesses relativos dos seres humanos. Sobretudo, no que respeita ao direito à vida, integrante do estatuto moral dos animais pelo que o mesmo direito não pode ser restringido aos seres humanos e, sobretudo, não pode ser minimizado nem suprimido para satisfazer os interesses destes seres. Cf. Tom Regan, *The Case...* op. cit., p. 356.

¹⁰¹ Cf. Tom Regan, *The Case...* op. cit., pp. 340 e segs.; *idem*, *Defending Animal Rights*, Illinois, 2001, pp. 58 e segs.

¹⁰² A necessidade de promover o bem-estar animal consubstancia-se em leis que equilibrem os interesses dos proprietários dos animais e os dos próprios animais. Cf. Gary Francione, *Introduction to Animal Rights: Your Child or the Dog?* Filadélfia, 1999, pp. 130 e segs.

¹⁰³ Nessa perspectiva, reconhece-se ao animal diversos interesses, como o de não sofrer, e até direitos, como o de crescimento e de desenvolvimento individual. Além disso, os animais possuiriam o direito de não ser tratados como coisas e, sobretudo, de não constituir propriedade dos seres humanos. Cf. Gary Francione, *Introduction...* op. cit., pp. 84 e segs.

sublinhar que Francione não procura uma equiparação de direitos com os humanos, reconhecendo até a existência de determinados direitos atribuíveis, em exclusivo, aos humanos, por causa da natureza das coisas¹⁰⁴.

Quanto à consolidação do reconhecimento de direitos aos animais, Steiner, apesar de assentir na ausência de raciocínios cartesianos, defende a titularidade de direitos, da mesma forma que tal titularidade é reconhecida às crianças e às pessoas que se encontram incapacitadas por doença, designadamente em coma¹⁰⁵. Cumpre reconhecer, aliás, que este caminho já havia sido trilhado por Araújo, quando trouxe para o debate relativo aos direitos dos animais, os casos humanos marginais por os perspectivar numa posição contígua às dos não-humanos¹⁰⁶. De modo diferente, Hilden, partindo dos postulados da teoria de Rawls, sustenta que a diferença entre espécies, não justifica uma negação de direitos pelo que as distinções entre animais e pessoas ou, na sua expressão, entre animais humanos e animais não humanos, carece de justificação¹⁰⁷. Ainda, com

¹⁰⁴ Por isso, não atribui aos animais nem o direito de voto nem o direito de conduzir veículos automóveis. Além disso, em situações de estrita emergência, admite a sobreposição dos direitos de salvamento dos seres humanos em detrimento do socorro dos animais em perigo. Cf. Gary Francione, *Introduction...* op. cit., pp. 159 e segs. De modo semelhante, comentando e comungando em grande parte das ideias de Francione, cf. Jeff Perz, “Adulterating Animal Rights: Joan Dunayer’s “Advancing Animal Rights” Refuted” in *Journal of Animal Law and Ethics*, n.º 2, 2007, pp. 123 e segs.

¹⁰⁵ Desse modo, para Gary Steiner, a complexidade de direitos e de obrigações não se pode restringir à titularidade dos seres racionais, mas deve, ao invés, abranger todos os seres que partilham connosco a vida e que almejam o bem-estar. Cf. “Cosmic Holism and Obligations Toward Animals: A Challenge to Classical Liberalism” in *Journal of Animal Law and Ethics*, 2007, pp. 19-20. Na mesma perspectiva, Garner já havia caracterizado as políticas do bem-estar e a necessidade de consenso sobre estes aspectos, de modo a promover a protecção animal. Cf. “Animal Welfare: A Political Defense” in *Journal of Animal Law and Ethics*, n.º 1, 2006, pp. 161 e segs.

¹⁰⁶ Efectivamente, Fernando Araújo chega a dizer que a moralidade humana deve aprender com a condição dos humanos deficientes, de modo a que possa estar receptiva a contextos de vulnerabilidade e de dependência em que se encontrem outros seres vivos, sejam eles humanos ou não humanos. Cf. *A Hora do Direito dos Animais*, Coimbra, 2003, pp. 345-6; *Idem*, “The Recent Development of Portuguese Law in the Field of Animal Rights” in *Journal of Animal Law*, 2005, pp. 70 e segs.

¹⁰⁷ Partindo do estudo do consabido véu de ignorância propugnado por Rawls, Julie Hilden recusa a conclusão daquele autor ao propor afastar os seres sem grau de conhecimento ou de reflexão, por entender tratar-se de uma conclusão injusta. Assim, sublinha as emoções dos não-humanos e a sua recusa em os poder equiparar a autómatos, máquinas ou robots. Desse modo, e apesar do véu de ignorância, defende a prossecução da justiça e da equidade para os animais não humanos, de modo a prosseguir as teorias

outros pressupostos, Deckha analisa as recentes orientações doutrinárias daquilo que designa por dicotomia entre tendências humanistas e pós-humanistas, sublinhando a emergência de uma teoria de direitos culturais, onde se devia incluir o novel direito dos animais¹⁰⁸.

Além deste entrecruzar de questões éticas, filosóficas e jurídicas¹⁰⁹, subsiste um outro aspecto que implica reflexão. Trata-se da questão relativa à apropriação de animais, uma vez que se defendeu a restrição ou, até, a proibição de direitos de propriedade sobre animais. Porém, este movimento abolicionista já conheceu melhores dias. A propósito, Garner afirmara, com alguma ironia, que a abolição da propriedade sobre os animais não lhes abriria a porta dos jardins do Éden e que a propriedade, considerada em si mesma, comportava vantagens e permitia sublinhar aspectos importantes¹¹⁰. Bearup, por seu turno, depois de proceder a um estudo sobre a evolução histórica da apropriação de animais, e de sugerir uma analogia entre a situação da criança e a do animal, defende a aprovação de um novo estatuto ético e jurídico do animal sem excluir, de modo algum, a

contratualistas e a promover uma verdadeira justiça no interesse de todos os animais, os humanos e os não humanos. "Contractarian View of Animal Rights: Insuring Against the Possibility of Being a Non-Human Animal" in *Animal Law*, n.º 14, pp. 10 e segs. Diversamente, opondo-se ao reconhecimento dos direitos dos animais, Georgie Duckler enuncia argumentos de natureza biológica, de ordem evolucionista, com o intuito de demonstrar os aspectos prejudiciais de tais orientações. Cf. "Two Major Flaws of the Animal Rights Movement" in *Animal Law*, n.º 14, 2008, pp. 179 e segs.

¹⁰⁸ De modo a enfatizar os direitos culturais, Maneesha Deckha reconhece o afastamento da Cultura perante os pressupostos da Ética, bem como reflecte sobre a contextualização de aspectos de estrita índole cultural, designadamente a caça à baleia, de modo a desconstruir e a reavaliar os argumentos que preconizam a subsistência e o aprofundamento dos direitos dos animais, perante os casos de subsistência de exploração animal ainda existente e genericamente aceite e reconhecida pela comunidade. Cf. "Animal Justice, Culture Justice: A Posthumanist Response to Cultural Rights in Animals" in *Journal of Animal Law and Ethics*, n.º 2, 2007, pp. 189 e segs.

¹⁰⁹ Sobre o entrecruzar das questões éticas, filosóficas e jurídicas, José Aroso Linhares procede a uma interessante síntese daquelas questões, deixando claro a sua anuência quanto à autonomização do Direito dos Animais. Cf. "A Ética do *Continuum* das Espécies e a Resposta Civilizacional do Direito: Breves Reflexões" in *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 79, 2003, pp. 199 e segs.

¹¹⁰ Robert Garner depois de analisar aquilo que designa por panaceia proprietarista, sublinha os aspectos muitos favoráveis em sede de actividade venatória, prosseguidos, na Grã-Bretanha, em terrenos de titularidade privada. Depois considera que o bem-estar animal não só é compatível com o paradigma da propriedade, como a titularidade sobre o animal contribui para a protecção do próprio animal. Cf. "Political Ideology and the Legal Status of Animals" in *Animal Law*, n.º 8, 2002, pp. 77 e segs.

subsistência da apropriação de animais¹¹¹. De modo semelhante, Braga Lourenço depois de analisar os fundamentos das teorias mais radicais, constata a subsistência da apropriação animal, embora evidencie decisões judiciais recentes onde se decidiram restrições à titularidade das pessoas, em prol da defesa dos animais¹¹². Esta orientação, procurando promover o reposicionamento dos exageros anteriores da anti-apropriação, como pressuposto da defesa do Direito dos Animais, já havia sido inteligentemente percebida por Fernando Araújo quando acentuou a necessidade de reformular a apropriação, em vez de, na senda de outros defensores dos Direitos dos Animais, preconizar uma total proibição apropriativa¹¹³. Algo de semelhante foi sustentado por Brüninghaus, quando configurou os animais como objectos móveis que podiam ser objecto de direito reais de gozo, como o direito de propriedade ou o direito de usufruto, de direitos reais de garantia, v.g. o penhor¹¹⁴.

¹¹¹ Realmente, apesar de Brooke Bearup sublinhar que um animal não é um objecto inanimado, prefere sugerir diversas excepções aplicáveis ao regime jurídico dos animais domésticos, que nalguns casos implica o desapossamento ou a perda da titularidade, do que defender o fim da apropriação de animais. Cf. "Pets: Property and the Paradigm of Protection" in *Journal of Animal Law*, n.º 3, 2007, pp. 177 e segs.

¹¹² Trata-se de um chimpanzé, que se encontrava em cativeiro num Parque Zoobotânico no Brasil e sobre o qual foi pedido, em 2005, um Habeas Corpus. Cf. Daniel Braga Lourenço, *Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas*, Porto Alegre, 2008, pp. 522 e segs.

¹¹³ Efectivamente, Fernando Araújo, ao estudar aquilo que designa por "obstáculo da apropriação", afirma que a inapropriabilidade generalizada poderia ser contraproducente e desresponsabilizante. Nessa medida, prefere defender a reformulação da apropriação animal sintonizando-a com a integração ambiental dos seres humanos, restringindo e limitando a desnaturalização e a violência sobre os animais, sugerindo apoiar as ideias próprias de uma propriedade vinculada por deveres de protecção animal. Cf. *A Hora...* op. cit., pp. 311 e segs. Num estudo posterior, seguindo a mesma linha de raciocínio, Fernando Araújo mostra-se optimista ao sublinhar um assinalável e recente progresso numa relação estreita entre a Economia e a Cultura, no sentido de promover o bem-estar e a protecção animal. Cf. "The Recent..." in op. cit., pp. 69 e segs.

¹¹⁴ Birgit Brüninghaus estudou as diversas prescrições do BGB bem como as do ZPO, sem prejuízo, ainda, da legislação especial aplicável, de modo a evidenciar não apenas as permissões apropriativas mas, de igual modo, a susceptibilidade de fruição do animal, para além da sua transmissibilidade. Cf. *Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlim, 1992, pp. 48 e segs.

§7 O Animal como *Tertium Genus*?

Perante o acentuar da protecção jurídica e da autonomização de direitos, designadamente do Direito dos Animais, compreende-se e aceita-se a ideia daqueles que defendem que o animal não pode continuar a ser identificado como coisa.

A ideia mereceu tal apoio que motivou consequentes alterações de alguns Códigos Civis e, inclusivamente, a introdução de normas constitucionais, que deixaram antever, de modo mais ou menos explícito, a orientação segundo a qual os animais não podiam continuar a ser equiparados a uma coisa em sentido jurídico. Por isso, deve mencionar-se a última versão do artigo 524.º do *Code Civil* que pretende distinguir o animal e a coisa¹¹⁵ e, ainda, as reformas dos Códigos alemão e austríaco. Efectivamente, tanto o ABGB, no § 285a, como o BGB, no § 90a, passaram a declarar, *expressis verbis*, que o animal não pode ser configurado como coisa¹¹⁶.

Estas alterações representam o propósito de o Direito Civil adaptar tendências recentes de protecção dos animais e até o de aceitar alguns postulados que promoveram a autonomização do Direito dos Animais. Assim, a reforma dos Código Civis citados procurou eliminar a equívoca identificação entre animal e coisa¹¹⁷ e ainda, no propósito de proteger o animal, sublinhar a orientação de que se trata de uma co-criação do ser

¹¹⁵ A versão do artigo 524.º, aprovada pela Lei n.º 99-5 de 6 de Janeiro de 1999, refere, a determinado passo, que “*Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination (...)*”, por contraste com as versões anteriores que não distinguiam os animais de outros objectos apropriáveis.

¹¹⁶ O ABGB foi o primeiro a introduzir um parágrafo onde se declara que os animais não são coisas. Efectivamente, foi introduzido no Código austríaco, em 1988, o § 285 a, que determina o seguinte: “*Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt (...)*”. Pouco depois, um aditamento ao BGB, publicado em 20 de Agosto de 1990, que entrou em vigor a 1 de Setembro do mesmo ano, o § 90 a, sob a epígrafe, animal (*Tiere*), declara o seguinte; “*Tiere sind keine Sachen. Sie werden besondere Gesetze geschützt (...)*”.

¹¹⁷ A configuração de um animal como uma coisa, como um qualquer bem económico no tráfico jurídico pode, numa aplicação consequente da lei, conduzir a resultados que não estão de acordo com a obrigação de proteger o animal que deriva da aplicação da legislação especial vigente. Cf. Gregor Mühe, “Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht” in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 36, 1990, pp. 2238-9.

humano pelo que, como ser vivo e sensível à dor, o animal merece uma correlativa obrigação de protecção e de cuidado¹¹⁸.

Todavia, se os animais deixam de ser coisas, dada a sua condição de seres vivos, isso não pretende significar uma plena equiparação com os seres humanos. Logo, recusam-se as duas perspectivas antagónicas em presença: o animal não pode ser coisa mas não pode ser, de igual modo, pessoa¹¹⁹. Por isso, a recusa de equiparação entre animal e pessoa não desvaloriza a importância crescente que o animal tem merecido da parte de teorias que defendem o epílogo do antropocentrismo, procurando conferir outro enquadramento, que permita a individualização do animal do conjunto de bens do mundo natural¹²⁰.

Porém, as reformas dos Códigos Civis não mereceram idêntica aceitação da parte dos autores que se dedicaram a estudar o assunto. De um lado, expressando sérias reservas relativamente à utilidade de tais reformas, Pütz considerou que o *BGB* devia fazer referência aos animais como coisa, de modo a justificar a transferência de propriedade de bens jurídicos, pois que um Código Civil não devia consagrar postulados éticos reservados, somente, à lei de protecção de animais¹²¹. Noutra perspectiva, Steding preferiu realçar as vantagens da alteração, sublinhando que isso estribava futuras reformas legislativas destinadas a promover a efectiva protecção dos animais¹²². No entanto, apesar desta perspectiva

¹¹⁸ Cf. Georg Holch, "Tiere" in *Münchener Kommentar*, 3.^a ed., Munique, 1993, p. 712; Helmut Koziol, Peter Bydlinki, e Raimund Bollenberger, *Zurzkomentar zum ABGB*, Viena, 2007, p. 220.

¹¹⁹ Como refere Brigit Brüninghaus, o animal não deve ser coisificado nem humanizado, pois que qualquer das perspectivas não se afigura susceptível de prefigurar a verdadeira natureza do próprio animal. *Die Stellung...* op. cit., p. 83.

¹²⁰ Perante a individualização dos animais, face ao mundo natural ou ao mundo da Natureza, Albert Lorz considera não ser necessário definir juridicamente o animal, bastando distingui-lo das plantas e dos protozoários. Cf. "Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht" in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1990, pp. 1057 e segs.

¹²¹ Pütz defende que a consagração de um postulado ético no *BGB* se caracteriza como um corpo estranho, acrescentando ainda que a qualificação dos animais como coisas não era responsável pela menor protecção jurídica dos animais, já que nenhum animal teria sido prejudicado pela sua equiparação a coisa e, além disso, para a protecção dos animais se afigura irrelevante o conceito jurídico a que o Direito Civil sujeita os animais. Cf. "Zur Notwendigkeit der Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im Bürgerlichen Recht" in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1989, pp. 171-2.

¹²² Cf. Rolf Steding, "§ 90a BGB: Nur juristische Begriffskosmetik? Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht" in *Juristische Schulung*, 1996, pp. 962 e segs.

optimista, Graul constata, mais tarde, a esse propósito, que a introdução do § 90a do BGB não provocou alterações dignas de registo no *status quo* legislativo vigente¹²³.

De qualquer modo, a alteração do *BGB*, de modo a impedir a identificação entre o animal e a coisa, não impediu que os animais continuassem a ser tratados pelo Direito Civil como um objecto jurídico, como elemento necessário para promover o tráfego jurídico¹²⁴. Talvez por causa disso, a inclusão do § 90a não tenha representado uma significativa alteração no regime jurídico vigente, tenha sido desvalorizada e alvo de críticas. Efectivamente, enquanto uns expressaram indiferença devido ao facto de a reforma do Código não ter implicado uma significativa alteração no regime jurídico vigente¹²⁵, outros, assumindo uma postura mais crítica, consideraram a reforma uma ficção jurídica¹²⁶ ou uma cosmética conceptual¹²⁷, exactamente por não ter provocado alterações significativas no Direito Civil ou no Direito Penal¹²⁸. Outros, de modo diverso, sublinharam as vantagens da alteração, assinalando a importância que a assunção de uma nova postura representou, ao promover o respeito efectivo da tutela

¹²³ Para Eva Graul a introdução do § 90a tem uma simples missão de alerta de consciência para a necessidade de proteger os animais já que a introdução do § 90a deixou tudo como antes estava. Cf. "Zum Tier als Sache i, S, des StGB" in *Juristische Schulung*, 2000, p. 217.

¹²⁴ Cf. Albert Lorz, "Das Gesetz..." in op. cit., p. 1057; Georg Holch, "Tiere" in op. cit., p. 715.

¹²⁵ Obergfell enfatiza a subsistência de um idêntico regime jurídico, apenas enquadrado na protecção dos animais conferida pelo artigo 20.º da Constituição. Cf. "Ethischer Tierschutz mit Verfassungsrang: Zur Ergänzung des Art. 20a GG um "dreimagische Worte" in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 55, 2002, p. 2296;

¹²⁶ A interpretação que Georg Holch faz do § 90a leva-o a concluir tratar-se de uma ficção encoberta, de modo a significar que os animais não são coisas mas, no entanto, valem como coisas (*Tiere sind keine Sachen, sie gelten jedoch als Sachen*). Cf. "Tiere" in op. cit., p. 723.

¹²⁷ Johann Braun, assentindo nesse enfoque cosmético, chega a alvitrar, com alguma ironia, a hipótese de se tratar de um exercício de treino de modo a promover ou a reforçar determinado pensamento jurídico. Cf. "Symbolische Gesetzgebung und Folgelast-Erfahrungen im Umgang mit § 90 a BGB in einer Examensklausur" in *Juristische Schulung*, n.º 9, 1992, pp. 758 e segs.

¹²⁸ Os penalistas como Herbert Tröndle defendem que o conceito jus penal de coisa é autónomo e independente do Direito Civil, designadamente do § 90a do BGB. Assim, o animal continuava a ser considerado como coisa para efeitos penais, uma vez que se devia ter em atenção o § 242 do StGB. Cf. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49.ª ed., Munique, 1999.

dos animais¹²⁹. Além destas divergências, temos a sublinhar que o § 90a não determina, somente, que os animais não são coisas, também estipula que os animais estão protegidos por leis especiais e que são aplicadas aos animais as disposições relativas às coisas, na medida em que nada for estipulado em contrário.

Por isso, se entende, que o § 90a não contém nenhum compromisso com a natureza e regime jurídico do animal, para além de determinar que ele não é uma coisa. Como remete para legislação especial, parece aceitar tudo aquilo que essa legislação vier a determinar. Logo como o § 1 da lei de protecção de animais considera o animal como uma co-criação, defende-se que tal prescrição comporta implicações para o Direito Civil¹³⁰, congratulando-se com o facto de as restrições e proibições do regime especial acarretarem directas e efectivas consequências civilísticas¹³¹.

Além da introdução de um novo preceito no BGB, cumpre salientar a alteração da Constituição alemã, que atribui ao Estado a protecção de animais e da vida natural, de acordo com o interesse das gerações

¹²⁹ Apesar de reconhecer que o Direito não pode ser uma construção desligada do sentido da vida, Brüninghaus entende que a equiparação terminológica entre o animal e a coisa promoveu o desrespeito pelo animal, propiciando a sua exploração económica e a correspondente negação de sensações ou até de sentimentos. Por o entender como coisa, o Homem tratou o animal como uma simples máquina desprovida de vida, como um instrumento de laboratório, como um armazém de peças sobressalentes. Atendendo a tal constatação, Brüninghaus considera ter sido muito vantajosa a introdução do § 90a no BGB. Cf *Die Stellung...* op. cit., pp. 123-4.

¹³⁰ Birgit Brüninghaus apesar de reconhecer que o BGB não reconhece o animal como co-criação, porque o § 90a permite a articulação com a lei de protecção de animais, TSchG, prefere configurar o animal como uma verdadeira co-criação. Isso significa que o animal assume a natureza mista de bem imaterial e, simultaneamente, bem patrimonial, pelo que surge objectivizado e, ao mesmo tempo, humanizado. Por isso, a tal co-criação cria um, dualismo, uma tensão. Se, por um lado, um animal se afigura um ser vivo, uma criação de Deus, não pode ser a sua posição degradada ao nível de um mero objecto. Por outro lado, o valor do animal só se pode definir tendo em conta a sua utilidade para o ser humano. Ora, como o BGB se orienta tendo em conta os interesses humanos, o respeito pelo interesse do animal como co-criação, produz um efeito inovador que também parece ser perturbador para o próprio Direito Civil. Cf *Die Stellung...* op. cit., pp. 111 e segs.

¹³¹ Brüninghaus enfatiza, sobretudo, os artigos 23.º e seguintes da Lei de Protecção dos Animais, nos termos dos quais não deve ser infligida dor desnecessária ao animal, nem realizar-se experiências com animais que lhes causem doença, em virtude de experiências cientificamente pouco relevantes, como as que se realizam na área da cosmética. *Die Stellung...* op. cit., pp. 115 e segs.

vindouras¹³². Trata-se de uma alteração há muito defendida na doutrina por entender que a legislação específica aplicável, ao procurar estabilizar um quadro jurídico de protecção, impunha a necessidade de promover a uniformização jurídica, após a alteração do BGB¹³³. Portanto, apesar da alteração constitucional não implicar significativas alterações no regime vigente, como sucedera, aliás, após a introdução do §90a do BGB, temos que convir que a consagração do artigo 20a contribui para promover uma melhor e mais efectiva consciencialização protectora do direito dos animais¹³⁴.

Deve sublinhar-se que a introdução do § 90a do BGB, bem como a do artigo 20a da Constituição, implicou, por consequência, a desaplicação de outros preceitos do BGB, como foi o caso dos §§ 481 a 492 sobre a compra de gado. Em conformidade, ao analisar-se decisões jurisprudenciais recentes, constata-se a importância e o alcance das alterações legislativas e da prescrição constitucional. Nesta perspectiva, Eichelberger indica decisões de tribunais relativas a animais, onde se destacam nítidas mudanças na orientação jurisprudencial no que respeita ao regime

¹³² O artigo 20a da *Grundgesetz*, aprovado em 2002, consagra, a determinado passo, o seguinte: “ (...)in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere (...)”.

¹³³ Veja-se o caso de Günter Erbel que defendia que a protecção de animais assumia uma qualidade constitucional material, integrando o livre desenvolvimento humano, tendo em conta a protecção costumeira dos animais. A constitucionalização da questão afigurava-se necessária já que o tribunal constitucional alemão teria dado ao legislador um poder de conformação, em sede de protecção animal, demasiado amplo e, por outro lado, a protecção animal assumia relevância no próprio Estado de Cultura. Cf. “Rechtsschutz...” in op. cit., pp. 1249 e segs. Além disso, como explica Kate Natrass, as normas de protecção dos animais, tanto no que respeita às questões relativas às pesquisas científicas, como à produção animal, à criminalização ou à protecção de expressões artísticas, eventualmente bárbaras, mostraram a dificuldade de articular um regime protector coerente. Daí a necessidade de um preceito constitucional que promovesse tal coerência. Cf. “Und die Tiere Constitutional Protection for Germany’s Animals” in *Animal Law*, n.º 10, 2004, pp. 287 e segs.

¹³⁴ Neste sentido, Kate Natrass afirma que a introdução do artigo 20a não confere, por si só, mais direitos aos animais mas permite que se reflita sobre o estatuto do animal e, sobretudo, que se prossiga numa efectiva e cada vez mais consolidada rota de protecção animal. “Und die Tiere...” in op. cit., pp. 311-2.

jurídico de compra e venda¹³⁵, de venda em leilão¹³⁶ ou de troca¹³⁷. De modo semelhante, Haupt comenta uma interessante decisão sobre restrições à importação e à apropriação de cães de raças perigosas, do próprio Tribunal Constitucional alemão, onde se demonstra que a alteração constitucional motivou uma reorientação sobre o assunto¹³⁸.

Portanto, confrontando as alterações do Direito francês, austríaco e alemão, cabe indagar se aquelas alterações, designadamente as dos respectivos Códigos Cíveis, se devem justificar no Direito português. Como se sabe, o Código Civil de 1966 não sofreu uma alteração semelhante às que acabámos de referir, continuando a equiparar o animal e a coisa. Realmente não só a noção ampla de coisa do artigo 202.º abrange os animais, como existem outros preceitos que ajudam a confirmar a orientação de que o animal é identificado a uma coisa em sentido jurídico.

¹³⁵ Num caso de 2007, teria sido comprada uma égua que, aparentemente, não apresentava qualquer defeito. Só que, mais tarde, numa análise de rotina, teria sido detectada uma anomalia susceptível de desenvolver uma doença grave. Ora, se fossem aplicados os §§ 481 e seguintes o prazo de reclamação de defeitos, extremamente reduzido, já teria decorrido. Porém, por causa da eliminação das disposições daqueles parágrafos especiais e da introdução do § 90a, o comprador já não se encontrava vinculado a tais prazos. Por outro lado, havia que apurar as circunstâncias expectáveis a outros cavalos colocados em circunstâncias semelhantes. Cf. Zentner Eichelberger, "Tiere im Kaufrecht" in *Juristische Schulung*, 2009, pp. 201-2.

¹³⁶ No caso do leilão de animais, o BGH teria procedido a uma distinção entre animais novos e animais usados que foi alvo de críticas por parte de Eichelberger, entendendo que a aplicação do § 90 a não permite a diferenciação entre novo e usado. Cf. "Tiere..." in *op. cit.*, pp. 205-6.

¹³⁷ Numa outra decisão judicial, a causa de pedir teria sido a realização de um contrato de troca entre um cavalo e uma égua. Após o cumprimento efectivo do contrato de troca teria sido descoberta uma infecção nos olhos da égua que, provavelmente, já existiria antes da troca. Cf. "Tiere..." in *op. cit.*, pp. 202-3.

¹³⁸ Após a morte de uma criança de Hamburgo, em 2000, mordida por um cão perigoso, vários Länder (Berlim, Brandeburgo, Hamburgo, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern e Schleswig-Holstein) terão decidido aprovar leis restritivas em sede de importação e de titularidade de cães de determinadas raças, consideradas perigosas. Em conformidade, Claudia Haupt comenta a pretensão de alguns indivíduos, proprietários de cães de raças proibidas, que alegaram, em tribunal, serem injustas e inadmissíveis as restrições legais de importação porque violariam os direitos de liberdade e de propriedade protegidos na Constituição, além de que o sistema federal não permitia restrições a legislações penais de nível estadual. Ora, subsequentemente, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade de algumas normas penais de nível estadual. Cf. "Who Let the Dangerous Dogs Out? The German States Hasty Legislative Action, The Federal Law on Dangerous Dogs and the *Kampfhunde* Decision of the Federal Constitutional Court" in *Journal of Animal Law*, n.º 2, 2006, pp. 31 e segs.

A título de exemplo, indica-se o artigo 1318.º que coloca, *expressis verbis*, o animal como objecto de ocupação, a par de outras coisas móveis. E, apesar de certa doutrina entender que existe uma protecção constitucional dos animais¹³⁹, parece evidente que a Constituição portuguesa não contém qualquer preceito semelhante ao da Constituição alemã, de modo a promover o princípio de coerência, acima referida.

Daí que se tenha manifestado a necessidade de reformar o *status quo*, de modo a introduzir alterações no Código Civil que permitam eliminar o pressuposto de identificação ou de equiparação entre o animal e a coisa. Assim, além de posições doutrinárias nesse sentido¹⁴⁰, deve aludir-se à referência a tal problemática, em sede dos relatórios sobre a reforma do Código Civil¹⁴¹ e, mais recentemente, à existência de uma

¹³⁹ Jorge Bacelar de Gouveia defende a interpretação conforme à Constituição do artigo 1.º da Lei n.º 92/95, a Lei de Protecção dos Animais, por entender que a lei fundamental não tem um posicionamento neutro em matéria de defesa do ambiente. Cf. “A Prática...” in op. cit., pp. 263 e segs. De modo semelhante, cf. André Dias Pereira, “Tiro...” in op. cit., pp. 49-50. Deve incluir-se ainda Sílvia Costa Ramos, embora a autora reconheça a necessidade de prosseguir na protecção de direitos dos animais. Cf. “A Protecção dos Direitos dos Animais” in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003, pp. 789 e segs.

¹⁴⁰ Nesta perspectiva, indica-se Menezes Cordeiro que, depois de alertar para a utilidade da experiência alemã, refere que a noção de coisa corresponde a um objecto inanimado, sendo, por isso, incorrecta quando aplicável a animais. Cf. *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Tomo II, Coimbra, 2000, pp. 224-5.

¹⁴¹ Três dos Relatórios Preliminares, elaborados ao abrigo do Protocolo celebrado entre o Gabinete de Política Legislativa e Planeamento (*GPLP*) do Ministério da Justiça e as Faculdades de Direito da Universidade de Coimbra, da Universidade de Lisboa, da Universidade Católica Portuguesa e da Universidade Nova de Lisboa, defendem a alteração do Código Civil, a propósito da problemática da protecção dos animais, *maxime* o fim da sua equiparação às coisas. Efectivamente, só o relatório da Universidade de Coimbra afirma não se afigurar necessária qualquer revisão no livro das coisas do Código Civil, acrescentando ser suficiente, em relação à protecção dos animais, o caminho trilhado pela doutrina e pela jurisprudência portuguesa. Ao invés, os outros relatórios expressam opiniões diversas. Assim, enquanto o da Universidade de Lisboa defende justificar-se a referência expressa do Código aos animais, de modo a que, dispondo de protecção legal, se deixe claro que não se trate de uma coisa; o relatório da Universidade Católica sustenta a revisão do conceito de coisa e a autonomização do regime jurídico dos animais; o relatório da Universidade Nova sustenta a exclusão dos animais da noção de coisa, adiantando que uma solução semelhante à do § 90a do BGB pode revelar-se uma boa opção legislativa. Cf. *Reforma do Direito Civil: Relatórios Preliminares*, ed. Ministério da Justiça (*GPLP*), Coimbra, 2005, pp. 27 e segs.

Proposta do Ministério da Justiça do XVII Governo Constitucional¹⁴² que, no entanto, não chegou a ser aprovada em Conselho de Ministros. No entanto, porque tem sido esta a prática recorrente em Portugal, os projectos e as propostas de reforma demoram tempos infindos, depois de formuladas, até serem aprovados, o nosso Código continua a equiparar, ainda hoje, o animal e a coisa em sentido jurídico.

De qualquer modo, acreditando que, um dia, a equiparação, considerada ultrapassada, deixe de vigorar, julgamos fazer sentido procurar aquilatar, desde já, a verdadeira natureza jurídica do animal. Ou seja, se podemos concordar com a orientação que recusa prefigurar o animal como coisa, embora ela seja, ainda hoje, minoritária¹⁴³, será que devemos aceitar que o animal nem deve ser configurado como objecto de direitos e, assim, ser entendido como um *tertium genus* ou se, diversamente, o animal pode ser qualificado como um verdadeiro sujeito jurídico?

Embora haja posições doutrinárias que prefigurem o animal como *tertium genus*¹⁴⁴, parece-nos, no entanto, salvo o devido respeito, que importa ir mais além, de modo a procurar saber se o animal pode ser um

¹⁴² A Proposta assenta no pressuposto de que a lei deve traduzir a consciência colectiva actual pelo que a qualificação dos animais como coisas reclama uma alteração do respectivo estatuto. Assim, naquele pressuposto, adita um artigo 202.º-A, que prescreve a regra de que os animais não são coisas, embora possam ser objecto de relações jurídicas, e um artigo 496.º-A relativo à indemnização, em caso de lesão ou morte de animal. Além disso, propõe alterações nos artigos 1302.º, 1305.º, 1318.º, 1321.º, 1323.º, 1775.º e 1793.º do Código Civil.

¹⁴³ Cumpre sublinhar que a identificação entre o animal e a coisa continua a ser perfilhada pela corrente maioritária da doutrina portuguesa. Cf. Vaz Serra, “Responsabilidade pelos Danos Causados por Coisas ou Actividades” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 86, 1959, pp. 374-5; *Idem*, “Responsabilidade pelos Danos Causados por Animais” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 85, 1959, pp. 26 e segs; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª ed., Coimbra, 1987, pp. 123 e segs; Carvalho Fernandes, *Lições...* op. cit., pp. 316 e segs; Oliveira Ascensão, *Direito...* op. cit., pp. 451 e segs. Aliás, apesar das propostas de modernização do Código, ainda muito recentemente, a ideia de equiparação entre o animal e a coisa, continua a merecer o firme apoio de determinados civilistas, em obras muito recentes. Cf. António Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra, 2007, pp. 252 e segs.; José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra, 2008, pp. 713 e segs.

¹⁴⁴ André Dias Pereira partilha do entendimento de que o animal é uma coisa *sui generis*, fundamentando tal ideia no facto de o legislador prescrever, ao longo do tempo, diversos regimes especiais para os animais pelo que não bastaria assumir a classificação de coisa móvel. Cf. “Tiro aos Pombos” na *Jurisprudência Portuguesa*” in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 12, 2005, pp. 43 e segs. Menezes Cordeiro não vai tão longe. Apesar de reconhecer que a introdução do § 90a oficializou o entendimento de que o animal

sujeito jurídico. Aquela procura ou indagação impõe-se pois que assentamos numa perspectiva dual, ou seja, embora não sejamos entusiastas da técnica da relação jurídica, mantemos a dicotomia entre o sujeito e o objecto e duvidamos de um qualquer *tertium genus*. Assim, num primeiro momento, se o animal não é coisa, pode, ainda assim, ser objecto de direitos. Afastada tal possibilidade, recusando a ideia do animal como objecto de direitos, julgamos abrir-se, necessariamente, a interrogação de saber se estamos perante um sujeito jurídico e não, verdadeiramente, perante um qualquer *tertium genus*, pois que mantemos válida a dicotomia enunciada.

Recordemos, a propósito do que antes dissemos, a ideia da relação jurídica conexonada por um sujeito e até, em casos limite, a configuração de direitos sem sujeito¹⁴⁵. Aliás, parece que, no caso em apreço, nem é necessário ir tão longe, pois que os direitos dos animais seriam da titularidade do próprio animal, não de um ente a existir, no futuro, ou que, diversamente, deixou de existir. Sublinhe-se que a ideia de prefigurar os animais como sujeito de direitos nem é, sequer, inovadora. Ela é sustentada por autores que partem de considerações relativas ao animal como co-criação, de modo a assentar na ideia de que o animal possui uma dignidade semelhante à do ser humano, justificando o respeito recíproco entre duas espécies distintas de vida: a vida humana e a vida animal¹⁴⁶. Nessa sequência, consolida-se não apenas a validade dos direitos dos animais mas, sobretudo, o reposicionamento do animal como titular de direitos, como verdadeiro sujeito jurídico¹⁴⁷.

é uma coisa *sui generis*, afirma que a exacta qualificação dos animais permanece em aberto. Cf. *Tratado...* op. cit., p. 224.

¹⁴⁵ Cf. Carlos Mota Pinto, *Teoria...* op. cit., pp. 196 e segs.

¹⁴⁶ Esta é a perspectiva sustentada por Birgit Brüninghaus quando salienta que a diferença qualitativa em sede de dignidade é a de aceitar que as necessidades dos animais continuam a submeter-se às dos humanos, embora elas não possam ser desprezadas, como sucedia antigamente. Por isso, de modo a acautelar abusos, defende um compromisso sério de modo a respeitar as necessidades recíprocas. Cf. *Die Stellung...* op. cit., p. 126.

¹⁴⁷ Erbel sustentou este entendimento ao defender o reposicionamento dos animais como sujeitos jurídicos, uma vez que se trata da existência de criaturas naturais, que constituem uma unidade de vida, delimitável e individualizável. Cf. "Rechtsschutz für Tiere: Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Novellierung des Tierschutzgesetzes" in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1986, p. 1254. De outro modo, Birgit Brüninghaus compara o animal aos recém-nascidos ou aos sujeitos com deficiência mental, para demonstrar que a falta de capacidade de exercício de algumas pessoas, não afasta a intrínseca qualidade de sujeito. *Die Stellung...* op. cit., p. 127.

De modo a que não se trate de uma afirmação destituída de conteúdo, indicam-se diversos direitos, v.g. o direito à vida, o direito à ausência de dor¹⁴⁸, cujos sujeitos podem, efectivamente, ser os próprios animais. Todavia, esta orientação não tem sido acompanhada por todos os que prefiguram o animal como sujeito de direitos. Enquanto para uns, os interesses que sustentam os direitos subjectivos dos animais, devem ser alargados a todos os que sejam subjectivamente percebidos pelo ser humano¹⁴⁹, para outros, também eles defensores da atribuição da qualidade de sujeito ao animal, devem prevalecer, em caso de colisão de direitos, os direitos do homem, sobretudo quando se põem em causa direitos fundamentais¹⁵⁰.

Diversamente, outros contrapõem que a identificação entre o animal e a pessoa só seria admissível se o animal tivesse capacidade para ser sujeito de direitos e de obrigações, capacidade desmentida pela natureza do próprio animal¹⁵¹. Nesta perspectiva, o entendimento segundo o qual o direito constituído não atribui direitos subjectivos aos animais, mas apenas consagra normas relativas à protecção de animais, susceptíveis de prefigurar, no máximo, determinados interesses vitais¹⁵².

Destas considerações decorre necessariamente a ideia de que a solução relativa à natureza jurídica do animal, a propósito da dicotomia entre o sujeito e o objecto, não será solucionada por uma simples alteração do Código Civil, mesmo que tal alteração ponha fim à equiparação entre o animal e a coisa. Pela nossa parte entendemos que o conceito jurídico de coisa exige uma profunda reformulação, pelo que não basta determinar que o animal não é coisa ou que não deve ser objecto de direitos, para que isso represente a solução desta problemática relativa à protecção do

¹⁴⁸ Nesta perspectiva, Eisenhart von Loeper e Wasmut Reyer entendem que o direito à vida dos animais deve ter em conta as necessidades inatas próprias de cada espécie. Cf. "Das Tier und sein rechtlicher Status" in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1984, p. 208.

¹⁴⁹ Cf. Birgit Brüninghaus *Die Stellung...* op. cit., p. 133.

¹⁵⁰ Cf. Birgit Brüninghaus *Die Stellung...* op. cit., pp. 134-5. Numa perspectiva semelhante, Günter Erbel defende que não basta um interesse humano devidamente fundamentado para afastar o interesse ou direito do animal. Mas, ao invés, afigura-se necessária a efectiva e comprovada prioridade no interesse humano. Cf. "Rechtsschutz..." in op. cit., p. 1238.

¹⁵¹ Cf. Albert Lorz, "Tier=Sache?" in MDR, 1989, pp. 201-2.

¹⁵² Günter Erbel considerou que os animais vivem como os homens, por direito próprio, dado pela Natureza. Por isso, ambos teriam um interesse vital, enraizado na sua própria existência, que era o de manter a sua vida e de permanecer afastado da dor e do sofrimento. Cf. "Rechtsschutz..." in op. cit., pp. 1255 e segs.

animal. Assim, impõe-se indagar o que se deva entender por coisa e, além disso, quais as implicações em assumir a exigência de configurar o animal como um verdadeiro sujeito de direitos. Aliás, nesta perspectiva, devemos sublinhar que nem é necessário identificar o animal com a pessoa, de modo a caracterizar o animal como sujeito jurídico. Além da comprovada existência de outras pessoas jurídicas, como sujeitos de direito¹⁵³, a par da pessoa singular, encontramos ainda outros sujeitos que nem sequer foram considerados pessoas e que, nem por isso, deixaram de ser configurados como sujeitos jurídicos¹⁵⁴.

Por tudo isto, em síntese, não encontramos qualquer impedimento relevante que obstaculize a ideia de prefigurar o animal como sujeito jurídico, tendo em conta os decisivos imperativos, de natureza ética e jurídica, que promovem a protecção do animal. A par destas considerações, queremos dizer que a ideia apresenta inegáveis vantagens ao recentrar o animal, evitando os perigosos escolhos da alternativa do *tertium genus* e, além disso, consolida a protecção jurídica que os novos direitos impõem.

§8 Conclusões

Assumindo um imperativo protector, tendo em conta os ditames culturais da sociedade actual, entendemos que deve deixar de ser identificado

¹⁵³ Como se sabe, nem todas as relações jurídicas pressupõem a individualidade humana. Recorde-se, a propósito, a origem e evolução das pessoas colectivas. Portanto, de uma organização, cuja origem era de âmbito social, alcançou-se uma realidade estruturada a que se atribuiu personalidade jurídica. Embora houvesse dúvidas e divergências quanto à natureza de tal personalidade, convém sublinhar a existência de entes, que não pessoas físicas, reconhecidos como sujeitos de direito. Naqueles casos, mesmo adoptando a posição de Karl Larenz, que nunca foi entusiasta de uma equiparação entre a pessoa singular e a pessoa colectiva, reconheceu-se que a ordem jurídica atribuiu direitos e vinculações à pessoa colectiva, reconhecendo-a como sujeito de direitos. Cf. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3.ª ed., Munique, 1975, pp. 165 e segs. Além disso, recordemos as referências à inadequação da expressão pessoa colectiva, embora se reconheça a sua qualidade de sujeito de direitos. A propósito, Cf. Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª ed., Coimbra, 2001, p. 178; Heinrich Hörster, *A Parte Geral...* op. cit., Coimbra, 1992, pp. 390-1.

¹⁵⁴ A este propósito, Capelo de Sousa indica como sujeitos jurídicos entes que ainda não são, ou que já deixaram de ser pessoas jurídicas, caso dos nascituros, dos cadáveres, bem como ainda se questiona quanto à qualificação de entidades privadas desprovidas de personalidade jurídica como sujeitos jurídicos. Cf. *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 359 e segs.

o animal como coisa e até, de um modo geral, como objecto de direitos. Além disso, e sem procurar negar a apropriação de animais, recusamos, pelo que acima se disse, a ideia que procura qualificar o animal como *res nullius*.

Consideramos ser urgente rever diversos preceitos do Código Civil português, designadamente os artigos relativos aos modos de aquisição de coisas móveis corpóreas, bem como os próprios da noção de coisa em sentido jurídico ou ainda diversos outros, v.g. o artigo 920.º, relativo à venda de animais, já que procura identificar aquela transmissão com a venda de coisas defeituosas.

A acrescer a isto, deve rever-se a Constituição, de modo a incluir, no texto da Lei Fundamental, uma norma que promova a coerência do imperativo protector do animal, sob pena de podermos inovar o Código Civil e podermos subsistir acorrentados a atavismos ancestrais de outros ramos do Direito, designadamente dos atinentes ao Direito Administrativo ou ao Direito Penal. Desse modo, consideramos que as razões que motivaram a modificação da Constituição alemã se afiguram válidas para a Constituição portuguesa.

Outubro de 2009